Die rechtliche Natur
der Gebrauchsbefugnis des Mieters
im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Hohen juristischen Fakultät der Universität Rostock

vorgelegt

von

Albert Holländer

Referendar aus Hamburg.

ACAD.
MED BAT.
MDL

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1901.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0097

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Litteraturverzeichnis.

Biermann, Kommentar zum Sachenr., 1899.

Borcherdt, d. Mietsrecht nach d. B.G.B., 1899.

Brückner, d. Miete von Wohnungen u. andern Räumen nach d. B.G.B., 1900.

v. Brünneck, in d. Zeitschr. d. Savignystiftung germ. Abt. Bd. 1 S. 138 ff.

Derselbe, in Gruchots Beiträgen Bd. 42 (Jahrg. 1898), S. 291 ff.

Cosack, Lehrb. des deutschen bürg. R. Bd. 1, Bd. 2 Teil 1 dritte Aufl. 1900, 1901, Bd. 2, Teil 2 1900.

Crome, System des deutschen bürg. R. 1900.

Derselbe, jur. Natur der Miete 1896 (Sonderabdruck aus Iherings Jahrb. Bd. 37 S. 1 ff), citiert: Crome.

Denkschrift zum Entwurf eines B.G.B. (Reichstagsvorlage).

Dernburg, Preuß. Privatr, 5. Aufl., 1894—97.

Derselbe, Pandekten, 6. Aufl. unter Mitarb. von Biermann Bd. I, II, 1900, 1901.

Derselbe, bürgerl. Recht Bd. II (R. d. Schuldverhältnisse), Bd. III (Sachenrecht), 2. Aufl. 1901.

Eck, Vorträge über d. Entwurf e. B.G.B. 1896.

Derselbe, Gutachten in den Verhandlungen d. 19. Juristentages Bd. II, S. 229 ff.

Endemann, Einführung in d. B.G.B. 7. Aufl., 1900.

Enneccerus-Lehmann, bürg. Recht I Bd. 1, 2. Aufl. 1900.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des Königl. preuß. Obertribunals, in amtl. Auftr. herausg.

Fischer, d. Sachenrecht in d. Sammlungen von Vorträgen über die Reichstagsvorlage, 1896.

Fischer, Gutachten in d. Verhandlungen d. 19. Juristentages Bd. 2 S. 312 ff., citiert: Fischer.
Derselbe, Gutachten in d. Verhandlungen d. 20. Juristentages Bd. 2, S. 312 ff.
Fischer-Henle, Handausgabe d. B.G.B. 1900.
Förster-Eccius, Preuß. Privatr., 7. Aufl. 1896/97.
Fränkel, d. Miet- und Pachtrecht nach d. B.G.B. 1897.
Fuchs, Wesen der Dinglichkeit, 1889.
Fuld, d. Mietrecht nach d. B.G.B. 1898.
Gierke, d. Entwurf e. B.G.B. und d. deutsche Recht 1889.
Derselbe, die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges R. nach d. B.G.B. 1897.
Hahn, Materialien zur C.P.O., 1880.
Hellwig, d. Verträge auf Leistung an Dritte, 1899.
Jäckel, Gutachten in d. Verhandl. d. 20. Juristentages, Bd. 2 S. 263 ff.
Katzenstein, Kauf bricht nicht Miete. Erl. Diss. 1899.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten z. B.G.B. 1897—99.
Matthiaß, Lehrb. des bürg. R. 3. Aufl. 1900.
v. Meibom, Gutachten in d. Verhandl. des 19. Juristentages Bd. 2, S. 4 ff.
Meisner, Kommentar z. R. d. Schuldverhältnisse 1898.
Mittelstein, d. Miete nach d. R. des deutschen Reichs 1900.
Motive zum Entwurf e. B.G.B., amtl. Ausg. 1888.
Neumann, Handausgabe d. B.G.B. 2. Aufl. 1900.
Niendorff, d. Mietrecht nach d. B.G.B. 1900.
Oertmann, in Iherings Jahrb. Bd. 31 S. 416 ff.,
Derselbe, Kommentar z. R. d. Schuldverhältnisse, 1899, citiert: Oertmann.
Pflüger, im Archiv f. civil. Praxis Bd. 79, S. 406 ff.
Planck, Kommentar z. B.G.B. Bd. II, 1900.
Protokolle der Kommission für d. 2. Lesung d. Entwurfs eines B.G.B., metallographierte Ausgabe.
Reatz, d. 2. Lesung des Entwurfs Bd. 1, 1894.
Rönnberg, im Arch. f. bürg. R. Bd. 17, S. 76 ff.
Scherer, Kommentar z. B.G.B. Bd. II, (Schuldverhältnisse) 1897/1900.
Schollmeyer, R. d. einzelnen Schuldverh. im B.G.B. 1897.
Stammler, R. d. Schuldverh. in s. allgem. Lehren 1897.
Stobbe-Lehmann, deutsch. Privatr. 3. Aufl. 1893—96.

Strecker, d. allgem. Vorschriften des B.G.B. über Rechte an Grundstücken, 1898.
Strohal, in Iherings Jahrb. Bd. 38 S. 1 ff.
Träger, in d. Zeitschr. f. Civilr. u. Prozeß, herausg. von Linde und von Schulte, Bd. 18 (Jahrg. 1861).
Wäntig, Kauf bricht nicht Miete, Erl. Diss. 1898.
Weyl, Vorträge über d. B.G.B. Bd. 1, 1898.
Windscheid, Pandekten, 8. Aufl., herausg. von Kipp. 1900.
Zachariae-Lingenthal, franz. Civilrecht, 3. Aufl. 1886.
Zitelmann, Internation. Privatr. Bd. 1, 1899.
Derselbe, d. Recht des B.G.B. Bd. 1, 1900.

Wenn von einem Schriftsteller nur ein einziges Werk benutzt ist, wird dasselbe nur nach dem Namen des Verfassers citiert.

Die §§ bedeuten, soweit sich nicht aus dem Zusammenhang etwas anderes ergiebt, die betr. Paragraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (abgekürzt B.G.B.)

Disposition.

Einleitung: Bedeutung und Behandlungsweise des Themas. Gegensatz zwischen dinglichem und persönlichem Recht.

Ausführung: Die rechtliche Natur der Gebrauchsbefugnis des Mieters:

I Überblick über das bisherige Recht und die Regelung des Entwurfs I.

II Die Konstruktion im Gesetze:

a) Die bisher aufgestellten Theorien.

b) Kritik derselben und Ansicht des Verfassers.

1. Eine Unterscheidung zwischen einem Mietrecht an beweglichen und unbeweglichen Sachen ist unmöglich.
2. Gründe für den obligatorischen Charakter sind:

aa) äußerer (Systematik und Terminologie des Gesetzes),

bb) innerer Art:

A. Auch der Nießbraucher darf vermieten,

B. Das Mietrecht ist nicht eintragbar,

C. Dem Mieter fehlt eine petitorische Klage,

D. Die Regelung der Veräußerung und Belastung der Mietsache:

α) der Satz „Kauf bricht nicht Miete" findet sich in andern Gesetzen auch bei einem obligatorischen Mietrecht,

β) der Satz ist dispositiv,

γ) die §§ 571, 577 wären bei dinglicher Gestaltung überflüssig,

δ) § 578 gewährt dem Mieter denselben Schutz wie § 571.

3. Resultat.

III Konsequenzen des gewonnenen Resultats.

Einleitung.

Zu den Kontroversen, die das Gebiet der Miete im Bürgerlichen Gesetzbuch berühren, gehört auch die Frage, welcher Art die dem Mieter zustehende Befugnis, die Mietsache zu gebrauchen, sei, die Frage, ob diese Befugnis nach dem B.G.B. dinglichen Charakter habe oder nicht.

Nur diese Konstruktion der Gebrauchsbefugnis ist gemeint, wenn man darüber streitet, ob die „Miete" oder das „Mietrecht" dinglich oder persönlich sei. Einig ist man darin, daß zur Begründung einer solchen Gebrauchsbefugnis ein Vertrag, ein Schuldverhältnis zwischen zwei Personen, dem Vermieter und dem Mieter, gehört. Der § 535 des B.G.B. besagt: „Durch den Mietvertrag wird der Vermieter verpflichtet, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren. Der Mieter ist verpflichtet, dem Vermieter den vereinbarten Mietzins zu entrichten."

Es ist also die Miete ein gegenseitig berechtigendes und verpflichtendes Schuldverhältnis. Der Hauptverbindlichkeit des Vermieters, dem Mieter den Gebrauch der Mietsache zu „gewähren", entspricht eine Befugnis des Mieters, von dem Vermieter die Einräumung des Gebrauchs zu verlangen, die Sache dem Vertrage gemäß zu gebrauchen. Diese sich auf den Gebrauch der Mietsache beziehende Befugnis ist es, deren Konstruktion wir im folgenden erörtern wollen.

Ausgangspunkt hierbei kann u. E. nicht, wie es bei manchen geschehen ist, die Frage sein: Wie regelt das Gesetz die Stellung des Mieters bei einem Eigentumswechsel? Muß man aus dem im Gesetz, entgegen dem römischen und dem Recht des Entwurfs erster Lesung, anerkannten Satze „Kauf bricht nicht Miete" auf die Dinglichkeit der Miete, des Mietrechts „schließen" oder nicht? Schon

Crome hat in seiner Abhandlung über die juristische Natur der Miete darauf hingewiesen, daß das Ausgehen von diesem „Detailpunkt" der Diskussion über den Charakter des Mietrechts nicht förderlich gewesen ist.[1] Die juristische Natur der Gebrauchsbefugnis muß doch offenbar vor der Veräußerung der Mietsache die gleiche sein, wie nach der Veräußerung. Die Wirkungen der letzteren mögen einen Anhaltspunkt für die Entscheidung unserer Frage bieten. Die naturgemäße Art der Behandlung unseres Themas scheint uns die zu sein, daß man den Fall der Veräußerung der Mietsache vorerst ausscheidet und sich fragt: Für welche Auffassung sprechen Systematik und Terminologie des Gesetzbuchs, sowie die inneren Gründe, insbesondere hinsichtlich der Entstehung des Mietrechts? Dann wollen wir prüfen, ob sich mit dem gewonnenen Resultat die vom Gesetz statuierten Wirkungen des Eigentumswechsels, insbesondere im Falle der Veräußerung vereinbaren lassen.

Widersprochen sei hier der Ansicht Kuhlenbecks[2], daß die uns hier beschäftigende Frage nur ein rein theoretisches Interesse habe und daß ihre Entscheidung davon abhänge, wie man sich zu dem Begriff der Dinglichkeit stelle. Einige praktische Konsequenzen werden wir am Schlusse unserer Erörterung berühren. Daß die Entscheidung der Frage keineswegs eine rein theoretische Bedeutung hat, erhellt, wenn wir uns einmal kurz die in der neueren Rechtswissenschaft ziemlich feststehenden Hauptgegensätze der verschiedenen Arten von Rechten vergegenwärtigen.

Unter den subjektiven Rechten[3] unterscheidet die neuere Terminologie Rechte des „rechtlichen Dürfens", des rechtlichen Sollens" und des „rechtlichen Könnens". Die letzterwähnten Rechte bestehen darin, daß sie einer Person die Möglichkeit, die Befugnis gewähren, durch Rechtsgeschäfte eine bestimmte Rechtswirkung herbeizuführen, d. h.

---

[1]) Crome S. 4.

[2]) a. a. O. II S. 305.

[3]) Der Begriff des subjektiven Rechts ist hier nicht zu erörtern, wir bezeichnen mit Dernburg, Pandekten I, S. 84, das Recht als den einer Person durch die Rechtsordnung gewährleisteten Anteil an den Lebensgütern.

subjektive Rechte der zuerst genannten beiden Arten zu begründen, ändern und endigen. Diese letzte Kategorie kommt für die Konstruktion des Mietrechts nicht in Frage. Wir haben es nur mit den Darf- und den Sollrechten zu thun. Die Darf- oder, wie man auch sagt, absoluten Rechte wirken zu Gunsten ihres Inhabers des Berechtigten grundsätzlich gegen Jedermann. Ein jeder muß sich der Störung des Rechts enthalten, es sei denn, daß er ein besonderes Recht zur Störung — sei es absolut oder relativ nur dem einzelnen Berechtigten gegenüber wirkend — geltend machen kann. Die Soll- oder relativen Rechte wirken grundsätzlich nur gegenüber einem einzelnen Verpflichteten oder einer bestimmten Anzahl Verpflichteter, ausnahmsweise wirken sie gegenüber Dritten dann, wenn der Berechtigte die Haftung dieses Dritten nachweisen kann. Unter den absoluten Rechten unterscheiden wir die Rechte an Sachen (auch Sachen- oder dinglichen Rechte genannt) die Rechte an fremden Personen, die Rechte an der eigenen Person (Persönlichkeitsrechte) und die Immaterialgüterrechte.[1]

Für unsere Erörterung kommt nur die erstenerwähnte Gruppe von Rechten in Betracht. Es kann nun nicht unsere Aufgabe sein, ausführlich auf die lebhafte, teilweise mit dem Streit über den Begriff des subjektiven Rechts sich berührende Kontroverse über das Wesen der Dinglichkeit einzugehen; wir beschränken uns darauf, den Hauptgegenstand des Streites zu beleuchten.

Die herrschende von Windscheid vertretene Ansicht nennt dinglich „diejenigen Rechte, kraft deren der Wille des Berechtigten maßgebend ist für eine Sache".[2] Dies ist natürlich nicht so zu verstehen, als ob es die Sache sei, welcher die Rechtsordnung die Unterwerfung unter den Willen des dinglich Berechtigten gebietet. „Alle Rechte bestehen zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache." Es ist aber „der Wille des dinglich Berechtigten

---

[1]) vgl. Zitelmann, bürg. R. I S. 21, 23.
Derselbe, intern. Privatr. I S. 48—50.
Cosack I S. 52—55.
Matthiaß I S. 68.

[2]) Windscheid I S. 140.

maßgebend für das Verhalten in Betreff der Sache, d. h. für das Verhalten eines Jedweden, nicht für das Verhalten dieses oder jenen", vorausgesetzt, daß er der betreffenden Rechtsordnung unterworfen ist. „Der Inhalt der das dingliche Recht ausmachenden Willensmacht aber ist ein negativer. Die dem Berechtigten Gegenüberstehenden sollen sich der Einwirkung auf die Sache — aller oder einer bestimmten — enthalten, und sie sollen durch ihr Verhalten zur Sache die Einwirkung des Berechtigten auf die Sache, — eine beliebige oder eine bestimmte — nicht verhindern."[1]

Auf Windscheid stützt sich eine andere, z. B. in den Motiven zum Entwurf eines B.G.B. ausgesprochene Definition. Hiernach beruht das Wesen der Dinglichkeit in der „unmittelbaren Macht der Person über die Sache".[2] Das dingliche Recht vermag sich nach der Meinung der Motive „ohne den Willen eines Andern zu bethätigen", es „erfordert nicht das Vorhandensein eines Verpflichteten".[3]

Gegen diese Definition wenden sich Fuchs und Oertmann. „Eine reale Herrschaft", sagt Fuchs, „die sich bethätigt auch ohne das Vorhandensein eines Verpflichteten, ist überhaupt kein Recht, es giebt nur eine reale unmittelbare Herrschaft über die Sache, und diese ist der Besitz im Sinne der physischen Kraft (Detention, Inhabung)." Macht und Recht seien zwei verschiedene Momente, die vereint sein können, aber an sich von einander unabhängig seien. Auch wenn die Motive mit jener Definition nur die unmittelbare Beziehung zur Sache, die in dem Wesen des dinglichen Rechts liege, haben betonen wollen, so sei dennoch dies unrichtig, denn ebenso wie der Nießbrauch und das Pfandrecht beziehen sich auch obligatorische Rechte, wie z. B. das Darlehen, auf Sachgenuß und Sachgebrauch.[4] Nach Fuchs und Oertmann beruht das Wesen der Dinglichkeit in dem absoluten Klageschutz. Fuchs behauptet sogar: Dinglichkeit ist Absolutheit.[5]

[1]) vgl. Windscheid I S. 140, 141.

[2]) Mot. III S. 2. Ähnlich erblickt Matthiaß II S. 1 die Eigenart der dinglichen Rechte darin, daß sie eine „unmittelbare Herrschaft über eine Sache im Rechtssinne gewähren."

[3]) Mot. a. a. O.

[4]) vgl. Fuchs S. 12—14.

[5]) vgl. Fuchs S. 17, Oertmann in Jher. Jahrb. Bd. 31, S. 461.

Man hat endlich versucht, eine allgemeine principielle Unterscheidung zwischen den Begriffen des dinglichen und persönlichen Rechts dadurch zu beseitigen, daß man als oberste Gegensätze nur die Begriffe der Forderungsrechte einerseits, der Besitzrechte andererseits gelten lassen will.[1] Jedes unter diese beiden Gruppen fallende Recht soll dinglich oder persönlich sein, je nachdem es im Konkurs ein Aussonderungsrecht gewährt oder nicht. Die dingliche Forderung giebt nach der Konstruktion Pflügers dem Berechtigten auch die Widerspruchsklage aus § 771 C.P.O.; dem persönlich Berechtigten steht diese Klage nicht zu.

Derartige Versuche zur Abschwächung des Gegensatzes zwischen dinglichen und persönlichen Rechten haben jedoch bisher nur wenig Anklang gefunden.

Es ist nun u. E. darin Fuchs und Oertmann beizupflichten, daß man als den obersten Gegensatz den Unterschied zwischen absoluten und relativen Rechten festhält und in der Absolutheit den wesentlichen Unterschied des dinglichen Rechts von dem persönlichen sich auf Sachgenuß oder Gebrauch beziehenden Recht erblickt.[2]

Auch darin haben u. E. Fuchs und Oertmann Recht, wenn sie betonen, daß mit der Definition des dinglichen Rechts als einer „unmittelbaren Herrschaft" einer „Macht" über die Sache, teils zu viel teils zu wenig gesagt ist. Man kann Eigentümer einer Sache sein, auch wenn man die Macht über sie verloren hat, während der Dieb sehr wohl die Macht über die von ihm gestohlene Sache ausüben kann. Wenn der Eigentümer eines Grundstücks an dem ihm dienenden Grundstück eine Wegegerechtigkeit, ein zweifellos dingliches Recht, genießt, jedoch nur selten dies Recht ausübt, wird man ihm kaum eine „Macht" über das fremde Grundstück zusprechen. Nach der landläufigen Aus-

---

[1]) So Pflüger im Archiv f. civ. Praxis Bd. 79 S. 406 ff.

[2]) Irrelevant ist der Umstand, daß ausnahmsweise die Wirksamkeit eines dinglichen Rechts gegen eine einzelne Person oder eine Mehrheit einzelner Personen ausgeschlossen sein kann.

Auch Windscheid verkennt diesen obersten Gegensatz nicht (vgl. Windscheid I S. 149), wenngleich er auch in seinem Buche die Erörterung von dinglichen und persönlichen Rechten der Besprechung der absoluten und relativen Rechte voranschickt.

drucksweise bezeichnet man mit den Worten „Recht“ und „Macht“ zwei gänzlich entgegengesetzte Verhältnisse, die allerdings vereint sein können und im allgemeinen nach dem Willen der Rechtsordnung auch vereint sein sollen.

Andrerseits ist es unrichtig, wenn man die Begriffe dingliches und absolutes Recht gleichstellt. Die dinglichen Rechte bilden nur eine Unterart der absoluten Rechte; sie unterscheiden sich von den andern absoluten Rechten durch ihren Zweck und ihren Inhalt.[1] Treffend bemerkt u. E. Zitelmann, daß die Ausdrücke „dingliches“ Recht, Recht „an“ der Sache, „an“ der Person nur Abkürzungen sind. Sache und Person bezeichnen hierbei die „räumlich existierenden sinnlich wahrnehmbaren Stücke der Außenwelt, auf welche sich die Handlungen beziehen, die der Berechtigte kraft seines subjektiven Rechts vornehmen darf, von denen er andere ausschließen kann.“[2]

Resumieren wir, so können wir sagen: das dingliche Recht ist die von der Rechtsordnung gewährte, grundsätzlich jedem Dritten gegenüber wirkende Befugnis zum Gebrauch bezw. zur Nutzung einer Sache.[3]

Wenn die Motive sagen, daß das dingliche Recht nicht das Vorhandensein eines Verpflichteten voraussetze, so ist dies ein ungenauer Ausdruck. Verpflichtet ist dem dinglich Berechtigten gegenüber grundsätzlich jede andere Person. Ihre Verpflichtung besteht darin, den Berechtigten nicht in

[1]) Dies giebt auch Oertmann a. a. O. S. 463 zu.

[2]) Zitelmann, Intern. Privatr. I S. 50, 51, ähnlich Crome, bürgerl. R. I S. 167.

[3]) Diese Auffassung paßt freilich nicht recht für eine Art von Rechten, die vielfach in der neueren Terminologie und auch im B.G.B. als dingliche oder Sachenrechte bezeichnet werden, für die sogen. Rechte an Rechten, z. B. den Nießbrauch an einer Forderung. Es werden hier Rechte analog den Sachen als Gegenstände von Rechten behandelt.

So wird dann auch hierin von Fuchs a. a. O. S. 12 ein Argument gegen die Richtigkeit der herrschenden Ansicht gefunden. Man wird aber gerade umgekehrt die Konstruktion der letzterwähnten Gruppe von Rechten als dingliche Rechte bedenklich finden müssen. Es wäre richtiger hier als Objekt des einen Rechts nach der Bezeichnung Cosack's des „Oberrechts“, nicht das andere, das „Unterrecht“, sondern den Gegenstand dieses Rechtes zu betrachten. Ebenso Cosack I S. 144, 145, II S. 320, 321.

dem Gebrauch bezw. der Nutzung der Sache zu stören. Dem Berechtigten steht ein „Rechtsbefehl auf Nichtverhinderung“[1] gegen die andern Personen zu. Nur der klagbare Anspruch, das Recht auf ein Thun oder Unterlassen (B.G.B. § 194 Abs. 1), entsteht, wie bei allen absoluten Rechten, erst mit der Verletzung des dinglichen Rechts durch eine bestimmte Person, während bei den relativen Rechten zugleich mit dem Recht auch der Anspruch sich verbindet.

Dieser im römischen Rechte feststehende Gegensatz der absoluten und persönlichen Rechte ist im deutschen Rechte nicht so klar zum Ausdruck gekommen. Insbesondere ist die Frage, ob der Besitz einer Sache, die gewere, das Merkmal eines dinglichen Rechts ist oder nicht, eine höchst zweifelhafte[2]. Das Preußische Allgemeine Landrecht unterscheidet bei dem Entstehungsgang eines dinglichen Rechts den Modus, d. h. die Handlung oder Begebenheit, durch welche man das dingliche Recht erlangt, und die Erwerbsart, d. h. den Titel, den gesetzlichen Grund für jenen Modus. Dieser gesetzliche Grund kann sich an ein vom Gesetz anerkanntes Obligationsverhältnis knüpfen, nach welchem jemand verpflichtet ist, eine bestimmte Sache einem Andern, etwa zum Gebrauch, zu überlassen. Es erwirbt also jemand, der auf Grund eines obligatorischen Vertrags ein persönliches Recht „zu einer Sache“, ein jus ad rem genießt, wenn er kraft dieses persönlichen Rechts den Besitz erlangt, ein dingliches Recht „an der Sache“, ein jus in re.[3]

In andern Partikularrechten, so im Code civil, wird dagegen ein solches Recht zur Sache nicht anerkannt.

Auch das B.G.B. hat die scharfe Unterscheidung zwischen dinglichen und persönlichen Rechten beibehalten und das preußische Recht zur Sache nicht aufgenommen. Mit Recht weisen die Motive darauf hin, daß das preußische „Recht zur Sache“, der Titel zur Erwerbung des dinglichen Rechts, in Wahrheit nichts Anderes sei, als der persönliche Anspruch auf Einräumung desselben; es werde im preußischen Recht der in Wahrheit vorhandene Gegensatz zwischen dinglichen

---

[1]) Windscheid I S. 141 Note 3.
[2]) vgl. Stobbe-Lehmann I S. 629.
[3]) vgl. Förster-Eccius I S. 126, A.L.R. I, 2 § 124.

und persönlichen Rechten verkannt.[1] Freilich soll durch das Institut der Vormerkung (B.G.B. § 883), das dem Entwurf I noch fremd war, nach der Ansicht einiger Schriftsteller ein Recht zur Sache in das Gesetz hineingekommen sein.[2] Dem steht schon der Wortlaut des § 883 S. 1 und § 884 entgegen. Hiernach dient die Vormerkung zur „Sicherung des Anspruchs auf Einräumung" ꝛc. Der Anspruch, das persönliche Recht, auf Grund dessen die Vormerkung eingetragen wird, ändert sich nicht. Die praktische Bedeutung des Instituts ist die, daß eine Verfügung, die ohne Rücksicht auf eine eingetragene Vormerkung erfolgt, resolutiv bedingt wird. Sie ist, sofern sie dem fraglichen durch die Vormerkung gesicherten Recht widerstreitet, unwirksam, wenn der Beweis für den gültigen Bestand des behaupteten Anspruchs erbracht wird.[3] Auch in der Kommission für die zweite Lesung wurde bei Beratung über die Einführung der Vormerkung — Entwurf I kannte unter diesem Namen nur den Widerspruch (B.G.B. § 899) — betont, daß man hiermit kein Recht zur Sache schaffen wolle, und darauf hingewiesen, daß auch im österreichischen und bayrischen Recht mit der Vormerkung kein Recht zur Sache verknüpft sei.[4] Wichtiger als die theoretische Construktion der Vormerkung scheint uns die Feststellung zu sein, daß nach dem klaren Wortlaut des § 883 nur die im dritten Buch des B.G.B. als dingliche Rechte „an" einem Grundstücke aufgeführten Rechte bezw. die Rechte „an" den ersteren den Gegenstand einer Vormerkung bilden können. Nur diejenigen Rechtsänderungen können durch eine vorläufige Eintragung einer Vormerkung gesichert werden, die auch dem Eintragungs-

[1]) Motive Bd. 3 S. 3.

[2]) Vgl. Gierke Fahrnisbesitz S. 21;
Biermann zu § 884 Nr. 2;
Strecker S. 114 sagt, der persönliche Anspruch erhalte durch die Vormerkung dingliche Wirkung.
Dernburg, bürgerl. R. III. S. 186 meint, daß „dem Rechtsgedanken, welcher das Recht zur Sache hervorrief, doch ein breiter Raum gelassen" sei. Endemann erblickt bei der Vormerkung eine starke Annäherung des Forderungsrechtes an das jus ad rem, Endemann II S. 250 Anm. 8.

[3]) vgl. B.G.B. § 883 Abs. 2.

[4]) vgl. Reatz, S. 442.

princip des § 873 unterliegen.[1] Es ist unrichtig, wenn Dernburg behauptet, daß jeder beliebige Anspruch auf Einräumung eines Rechtes an einem Grundstück durch eine Vormerkung „dingliche Kraft" erhalten könne, wie z. B. ein persönliches sich auf ein Grundstück beziehendes Wiederkaufsrecht (§ 497)[2]. Folgte man dieser Ansicht, so vermöchte es auch der Entleiher eines Grundstücks, seine ihm zustehende obligatorische Gebrauchsbefugnis mit Hilfe einer Vormerkung mit dinglicher Kraft auszustatten. Dies hat das Gesetz sicher nicht gewollt. Hätte das Gesetz mit Dernburg außer dem obligatorischen auch ein dinglich wirkendes Wiederkaufsrecht zulassen wollen, so würde es ein solches im Sachenrecht erwähnt haben, ebenso wie es außer dem persönlichen Vorkaufsrecht (§ 504) noch ein dingliches als Grundstücksbelastung eintragbares Recht (§ 1094) kennt.[3]

Übrigens ist das Recht zur Sache, soweit ersichtlich in der bisherigen Litteratur für die Konstruierung des Mietrechts nicht verwendet worden, und glauben auch wir nicht, daß nach dem B.G.B. mit dem Abschluß des Mietvertrages der Mieter ein Recht „zu" der Mietsache im Sinne des A.L.R. erhält.

Unsere Untersuchung beschränkt sich daher auf die Frage: Ist das Mietrecht dinglich oder persönlich?

I

Werfen wir zunächst einen Blick auf das bisherige Recht! Im römischen Recht war die Miete, die locatio

[1]) Ebenso Endemann, II. S. 250, im Princip auch Neumann I, S. 448.

[2]) Dernburg, bürgerl. Recht III, S. 184; II$_2$, S. 102, 103. Für die Zulässigkeit der Vormerkung zur Sicherung eines obligatorischen Wiederkaufsrecht tritt, trotz des in der vorigen Note Gesagten, auch Neumann I S. 234 ein.

[3]) Der Schluß Dernburgs a. a. O., daß, wenn der Anspruch auf Übereignung durch eine Vormerkung gesichert werden könne, dies auch bei dem Anspruch auf Rückübereignung zulässig sein müsse, erscheint uns nicht stichhaltig.

Vgl. auch Mot. II S. 339, wo ausdrücklich die Unzulässigkeit eines dinglichen Wiederkaufsrecht betont wird.

conductio rei, ein rein obligatorisches Verhältnis. Der Mieter, der kein Besitzer, sondern nur ein Detentor war [1] hatte bei Störung seines Mietgebrauchs nur Ansprüche gegen den Vermieter, nicht gegen Dritte. Der Vermieter hatte die Pflicht, den Mieter vor Störungen seitens Dritter zu bewahren. Freilich geben die Quellen dem Mieter, da er zwar nicht als Besitzer, jedoch in eigenem Interesse die Mietsache inne hat, das interdictum quod vi aut clam.[2] Andere possessorischen Klagen lassen sich in den Quellen nicht nachweisen.

Das germanische Rechtsbewußtsein neigte dazu, jede Überlassung einer Sache zum Gebrauch, zum Genuß dinglich zu gestalten oder, genauer ausgedrückt, demjenigen, dem die Sache überlassen ist, die gewere zu geben. So hatte auch der Pächter die gewere; von dem Mieter dagegen läßt sich dies für das mittelalterliche Recht nicht mit Sicherheit nachweisen.[3] Später wurde ihm dann in vielen Rechtsquellen die gewere zugesprochen, und zwar bekam der Grundstücksmieter in der älteren Zeit die gewere mit dem Augenblick, wo ihm das Grundstück überlassen wurde, ohne daß es einer Eintragung in die öffentlichen Bücher bedurfte. Erst in späterer Zeit wurde eine Eintragung der Miete verlangt.[4]

In der gemeinrechtlichen Praxis erhielt die Stellung des Mieters gegenüber dem römischen Recht eine Änderung. Man gab ihm zwar kein dingliches Recht oder juristischen Besitz. Er blieb bloßer Detentor, da er aber zu eigenem Interesse detinierte, erhielt er die Spolienklage d. h. den Schutz gegen unbefugte Entziehung seines Mietbesitzes.[5]

Im Gegensatz zum römischen Recht steht das preußische Allgemeine Landrecht. Im Titel 21 des ersten Teils werden hier die Rechte zum Gebrauch oder Nutzung fremden Eigentums behandelt. Der dritte Abschnitt dieses Titels umfaßt

---

[1]) vgl. l. 10 D. 41, 2.

[2]) vgl. Dernburg Pand. I_2 S. 166, l. 11 § 12, l. 12, l. 19, l. 13 § 4 D 43, 24.

[3]) vgl. Fischer S. 357.

[4]) Näheres b. v. Brünneck, Zeitschr. der Savignystiftung german. Abt. Bd. 1 S. 156 ff.

[5]) vgl. Dernburg Pand. I_2 S. 49; R.G. Bd. 5 S. 164.

die sogenannten eingeschränkten Gebrauchs- und Nutzungsrechte. Dies sind Leihe, Pekarium, Miete und Pacht. Durch den Mietevertrag (§ 258) erhält der Mieter ein Recht zur Sache. Wird ihm dann auf Grund dieses Rechts die Sache übergeben, so erwirbt er den unvollständigen Besitz (Teil I Titel 7, § 6) und somit ein dingliches eingeschränktes Gebrauchsrecht (I, 2, § 135) an der Mietsache. Ein Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen wird im A.L.R. nicht gemacht. Eine Eintragung in das Grundbuch ist nicht erforderlich.[1]

Doch ersetzt nach I 21, § 4 die Eintragung den Besitz; läßt der Mieter nach dem Abschluß des Vertrages sein Recht eintragen, so wird sein Recht an dem Grundstück ein dingliches, mag er auch erst nach der Eintragung in den Besitz eintreten Nach dem A.L.R. geht also das Recht des Mieters, sofern er nur durch den Besitz, bezw. bei Grundstücken auch durch die Eintragung, ein dingliches Recht an der Mietsache erworben hat, stets einem früheren persönlichen zu der Sache bestellten und den späteren dinglichen oder persönlichen Rechten vor.[2] Auch das E.E.G. vom 5. Mai 1872 hat an dieser Regelung des A.L.R. nichts geändert.[3] Streitig ist in der preußischen Litteratur, wie die Worte: „soweit der Berechtigte sich im wirklichen Besitze befindet" (I 21, § 2) auszulegen sind, ob es genügt, daß der Mieter nur einmal in den Besitz gekommen ist[4] oder, ob es nötig ist, daß das Mietrecht durch den thatsächlichen Besitz des Mieters „kenntlich" ist.[5] Die von Dernburg und Förster-Eccius angezogene Entscheidung des preußischen Obertribunals[6] scheint u. E. die Förster'sche Ansicht zu befolgen.

Anders als das A.L.R. regelt der Code civil die Miete. Er behandelt sie nur im Obligationenrecht, und so hat sich die herrschende Ansicht auch dahin erklärt, daß der Mieter

[1]) Auch das Gesetz vom 5. Mai 1872 (E.E.G.) kennt eine obligatorische Eintragung des Mietrechts nicht, vgl. Förster-Eccius II S. 171.

[2]) vgl. A.L.R. I 19, §§ 4—6.

[3]) vgl. §§ 4, 15 des E.E.G.; Förster-Eccius II S. 172; a A. Dernburg, Pr. Privatr. I. S. 423.

[4]) so Dernburg, Pr. Privatr. I S. 716 Nr. 5;

[5]) so Förster-Eccius II S. 171;

[6]) Entscheidungen des preuß. Obertribunals Bd. 60 S. 126;

nach dem Code civil nur ein persönliches, kein dingliches Recht an der Sache hat.[1]

Auch die neueren deutschen Gesetzgebungen haben sich größtenteils wieder für das römische Princip entschieden, so der hessische Entwurf von 1853, der bayrische Entwurf von 1860, das sächsische B.G.B. von 1863, der Dresdener Entwurf von 1866 und das schweizerische Bundesgesetz über das Obligationenrecht von 1881.[2] Freilich wird in einigen der erwähnten neueren Codifikationen, so im Code civil und im sächsischen B.G.B., eine Eintragung der Miete in das Grundbuch zugelassen. Hierdurch wird die juristische Natur des Mietrechts nicht beeinflußt; nur gewissen dritten Personen gegenüber hat in den genannten Gesetzen der eingetragene Mieter eine bessere Stellung als der nicht eingetragene.

Auch in dem ersten Entwurf zu unsrem deutschen B.G.B. hat, wie unbestritten, der Mieter gleich dem Leiher nur ein persönliches Recht. Wie jeder Inhaber gemäß §§ 815, 816, 819, 820 des Entwurfs, so hat auch der Mieter einen gewissen, nach römischem Recht nur dem juristischen Besitzer zustehenden Rechtsschutz.[3] Nicht zu erörtern ist hier die Frage, ob es zweckmäßig war, einem blos persönlich Berechtigten, Besitz oder besitzähnlichen Schutz zu gewähren. Wenn Fischer[4] hierin eine Inkonsequenz des Entwurfs sieht, können wir ihm nicht beistimmen. Gerade der Umstand, daß die persönliche Klage gegen den Vermieter bei Störung im Mietgebrauch seitens Dritter in vielen Fällen dem Mieter praktisch nicht viel nützen würde, rechtfertigt es u. E., wenn das Gesetz dem Mieter, so lange er thatsächlich die Sache in der Gewalt hat, einen direkt gegenüber dem Dritten wirksamen Schutz verleiht.

---

[1]) vgl. Crome S. 2; Fischer S. 400.

[2]) vgl. Fischer S. 403—412.

[3]) Den vollen Besitz genießt der Mieter erst im II. Entwurf. (vgl. § 790 des Entw. II)

[4]) S. 416.

II

In der zweiten Lesung hat nun, wie später zu erörtern, die Stellung des Mieters eine wesentliche Änderung erfahren, die dann auch in das Gesetz übergegangen ist. Es wurde der römische Grundsatz „Kauf bricht Miete" beseitigt. Aus dieser Änderung haben nun einige schließen wollen, daß der Grundcharakter der Gebrauchsbefugnis des Mieters oder des Grundstücksmieters speziell ein anderer geworden, daß die Miete nicht mehr wie im Entwurf I persönlich, sondern dinglich sei.

a) Für die Dinglichkeit schlechthin bei Mobilien wie bei Immobilien ist Meisner eingetreten. Seiner Ansicht zufolge sind Mieter und Pächter „nach erlangtem Miet- bezw. Pachtbesitz grundsätzlich und regelmäßig gegen jeden Dritten in ihrem Rechte geschützt."[1] Cosack macht einen Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen. Nach ihm erhält der Grundstücksmieter ein dingliches Recht, sofern nur ein zu Gunsten des Mieters wirksamer Vertrag vorliegt, das Grundstück ihm übergeben ist und der Vermieter gehörige Verfügungsmacht gehabt hat.[2]

Im Gegensatz hierzu steht Crome, der an der rein obligatorischen Natur der Miete festhält.[3] Für die Cromesche Ansicht haben sich die meisten Schriftsteller erklärt.[4] Auch Mittelstein, der sich mit der Feststellung begnügt, daß das Recht des Mieters in Bezug auf das gemietete Grundstück jedenfalls nicht zu den dinglichen Rechten im Sinne des § 873

---

[1]) Meisner N. 3 zu § 571.

[2]) Cosack II S. 285 ff.

[3]) Crome S. 30, 31.

[4]) so Endemann I S. 749, 750; Weyl I S. 438; Schollmeyer S. 51, 52; Stobbe-Lehmann III S. 331; Oertmann S. 292 Nr. 3b; Neumann Bd. 1 S. 261, 262; Borcherdt S. 1; Matthiaß I S. 559; Riendorff S. 166; Dernburg, bürgerl. R. II S. 152; Planck II S. 319; Scherer S. 770; Kuhlenbeck II S. 306 Nr. 2.

Auch Fischer der in dem benannten Gutachten (S. 427 ff.) für die Dinglichkeit eingetreten war und in seinen Beiträgen (bei Becker und Fischer) III S. 16 das dem Mieter in der Reichstagsvorlage gewährte Recht als dingliches ansah, hat sich jetzt der herrschenden Ansicht angeschlossen, vgl. seine und Henles Handausgabe zu § 571 Note 3.

B.G.B. zu den Rechten „am Grundstück“ gehöre,[1] scheint der Cromeschen Ansicht beizupflichten.

b. 1) Erörtern wir zunächst die Auffassung Cosacks und seine Unterscheidung eines persönlichen Mietrechts an Mobilien, eines dinglichen an Immobilien! Zu dieser Unterscheidung mag ihn der Gedanke, daß nur für die Miete von Grundstücken und Räumen der Satz „Kauf bricht nicht Miete“ gilt, bewogen haben. Wir werden später sehen, daß die Regeln des § 571 ff. für den Begriff der Miete nicht wesentlich sind. Unhaltbar ist u. E. die Theorie von Cosack deshalb, weil sie einem allgemeinen Rechtsgrundsatz widerspricht. Allerdings hat das deutsche Recht anders als das römische, infolge der wirtschaftlichen Bedeutung des Grundbesitzes und der Immobiliarrechte, Mobilien und Immobilien als wesentlich verschiedene Objekte behandelt. Für Entstehung, Änderung und Endigung von Rechten, die sich auf Grundstücke oder Grundstücksrechte beziehen, sind im Allgemeinen andere Regeln maßgebend als bei Rechten an Mobilien. Auch giebt es manche Arten von Rechten, die sich nur an Immobilien knüpfen können, so z. B. Reallasten. Kann aber ein Recht begrifflich an beiden Arten von Sachen begründet werden, wie z. B. das Eigentum, so liegt der Unterschied nur in der strengeren Form, die für Begründung, Änderung ꝛc. des Rechts erforderlich ist. Für den Erwerb des Eigentums an einer beweglichen Sache genügt nach § 929 B.G.B. Einigung und Übergabe. Beim Grundstückserwerb sind ein dinglicher Vertrag, die Auflassung, und Eintragung in das Grundbuch (§§ 873, 925) nötig.

Nur die Form der Entstehung des Rechts ist verschieden, der juristische Charakter des Eigentumsrechts ist derselbe, bei Mobilien wie bei Immobilien. Nun mag man bei manchen anderen an beiden Arten von Sachen bestellbaren und mit dem gleichen Ausdruck bezeichneten Rechten schwanken, ob bei der verschiedenartigen Form ihrer Entstehung, Änderung ꝛc. der rechtliche Charakter der gleiche ist, bei dem Mobiliar- wie bei dem Immobiliarrecht. Das Pfandrecht an beweglichen Sachen (§ 1204 B.G.B.) hat einen anderen Charakter als das an Grundstücken be-

[1]) Mittelstein S. 299.

stellte, vom modernen Sprachgebrauch gewöhnlich mit Hypothek (so auch B.G.B. § 1113) bezeichnete, Pfandrecht.

Wo die Form aber die gleiche ist, wird man auch an der Gleichartigkeit der Konstruktion nicht zweifeln können. Der formlos abgeschlossene Leihvertrag (B.G.B. § 598) gewährt dem Leiher, gleichgiltig, ob es sich um eine bewegliche oder um eine unbewegliche Sache handelt, lediglich eine rein obligatorische Befugnis zum Gebrauch der Sache. Auch die Miete kommt in der Regel durch formlosen Vertrag zweier Personen zu Stande, bei Mobilien wie bei Immobilien. Nur für die Miete von Grundstücken auf längere Zeit als ein Jahr statuiert § 566 S. 1 schriftliche Form. Diese sich an A.L.R. I, 21, § 269 anlehnende Bestimmung ist eine Ausnahmevorschrift, die aus Rücksicht für den Käufer des Grundstücks aufgenommen wurde.[1] Prinzipiell werden Mieteverträge bei Immobilien in derselben Weise geschlossen wie bei Mobilien. Nur auf das Princip, nicht auf die Ausnahme kann es uns hier ankommen, zumal auch bei einer Grundstücksmiete auf längere Zeit als ein Jahr die juristische Natur der Gebrauchsbefugnis offenbar die gleiche ist wie bei einer Miete für kürzere Zeit. Demnach muß das Recht, welches der Mieter — sei es schon mit dem Vertragsschlusse, sei es durch den kraft dieses Vertrages erworbenen Besitz — erhält, ein gleichartiges sein, mag eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache Gegenstand der Miete sein. Nimmt man an, daß der Mieter eines Grundstücks mit dem Mietbesitz ein dingliches Recht erlangt, so muß dasselbe auch für den Mieter einer beweglichen Sache gelten. Auch Fischer teilt unseren Standpunkt, wenn er in seinem auf dem 19. Juristentage abgegebenen Gutachten meint,[2] daß der Mieter von Mobilien eines dinglichen Schutzes nicht bedürfe, daß es jedoch „folgerichtiger" sei, auch ihm ein dingliches Recht zu gewähren, wenn der Grundstücksmieter ein solches genieße.

2. Steht demnach für uns fest, daß die Unterscheidung Cosacks zwischen einem Mietrecht an Mobilien und Immobilien unmöglich ist, so wollen wir nun prüfen, ob die persönliche oder dingliche Auffassung die richtige ist.

[1] vgl. Denkschrift S. 75.

[2] Fischer S. 445.

aa) Einen wichtigen Anhaltspunkt bietet uns die Stellung, die das Recht des Mieters im System des Gesetzes gefunden hat.[1] Nicht der Umstand, daß die Miete überhaupt in dem zweiten Buch, dem Recht der Schuldverhältnisse geregelt ist, wäre der Dinglichkeitstheorie entgegen zu halten. Durch den Mietvertrag entsteht ein Schuldverhältnis, welches im zweiten Buch behandelt werden mußte. Von Bedeutung aber ist es, daß *ausschließlich* in diesem Buche die Rechte des Mieters in Bezug auf die Mietsache erörtert sind. Sollte die Gebrauchsbefugnis des Mieters nach dem Willen des Gesetzgebers eine dingliche sein, so würde er von ihr, nicht wie von den übrigen sich aus dem Schuldverhältnis der Miete ergebenden Punkten im zweiten, sondern im dritten Buch, dem Sachenrecht, gesprochen haben, denn in diesem werden die dinglichen Rechte aufgezählt. Es werden hier die äußeren Thatsachen, die den Erwerb der dinglichen Rechte begründen, sowie der Inhalt derselben bestimmt.[2] Den Titel, der den Erwerb des dinglichen Rechts veranlaßt, der ein rechtsgeschäftlicher oder ein gesetzlicher sein kann, regelt das Sachenrecht nicht, sondern entweder das Obligationenrecht, das Familien- oder das Erbrecht. Im zweiten Buch wird im § 433 Abs. 1, S. 1 der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Kaufsache zu übergeben und ihm das Eigentumsrecht daran zu verschaffen. Im Sachenrecht (§§ 903 ff.) wird die Erwerbsart und der Inhalt dieses Rechts geschildert. § 433 Abs. 1 S. 2 kann den Verkäufer verpflichten, dem Käufer eine Wegegerechtigkeit zu gewähren. Wie diese Wegegerechtigkeit entsteht, übertragen wird, welche Vorteile sie dem Berechtigten bietet, bestimmt das Sachenrecht (§§ 873 ff, §§ 1018 ff.)

Ist hingegen ein auf eine Sache sich beziehendes Recht nicht mit dinglicher Wirkung ausgestattet, erzeugt es lediglich Rechtsbeziehungen zwischen einzelnen bestimmten Personen, so schweigt das Sachenrecht von einem solchen Rechte. Wie die Motive l. c. ausdrücklich betonen, hat der erste Entwurf gleich dem römischen Recht die von ihm anerkannten Arten von dinglichen Rechten erschöpfend bestimmt. Es kann den Beteiligten nicht freistehen, jedem auf eine Sache

[1]) Ebenso Crome S. 29; Neumann I, S. 261.
[2]) Motive III S. 3.

sich beziehenden Recht den Charakter eines dinglichen zu verleihen. Diese Tendenz, die Sachenrechte geschlossen zu regeln, ist freilich von der Kritik angefochten worden.[1] Gleichwohl hat das Gesetz nach der Ansicht der Meisten[2] an diesem Grundsatz festgehalten.

Insbesondere ist es nach dem Gesagten nicht möglich, jedem beliebigen sich auf ein Grundstück beziehenden Recht durch Eintragung einer Vormerkung dingliche Kraft zu verleihen. Nur diejenigen Rechtsänderungen, die endgültig im Grundbuch nach § 873 eingetragen werden, sind einer Vormerkung fähig.

Wir kommen somit zu dem Schlusse, daß es im B.G.B. keine anderen als die im dritten Buch erörterten dinglichen Rechte giebt. Demnach würde das Gesetz gegen seine Systematik verstoßen haben, wenn es die Gebrauchsbefugnis des Mieters als dingliches Recht aufgefaßt hätte.

Dies will Cosack nicht anerkennen. Er beruft sich darauf, daß auch ein anderes dingliches Recht, das gesetzliche Pfandrecht des Vermieters an den eingebrachten Sachen des Mieters seine Regelung im Forderungsrechte finde.[3] Nun wir bezweifeln, daß hier eine „Regelung", d. h. eine Darstellung der wesentlichen Merkmale, des Pfandrechts gegeben wird. „Geregelt" ist das Pfandrecht des Vermieters lediglich in dem neunten Abschnitte des Sachenrechts (§§ 1204 ff.) Im § 1205 wird freilich für bewegliche Sachen Einigung und Besitzübergabe als zur Bestellung des Pfandrechts „erforderlich" erachtet. Das besagte Pfandrecht des Vermieters hingegen kommt, ohne daß es einer Einigung und Besitzübergabe bedarf, kraft Gesetzes zu Stande.[4] Eine zweite Abweichung von den Regeln des Pfandrechts ist die Art und Weise des Erlöschens. Das Vermieterpfandrecht erlischt nicht nur nach den allgemeinen

[1]) so von Gierke, Entw. e. B.G.B. S. 280 ff.

[2]) Crome S. 8; Endemann II S. 1; Strecker S. 13; Matthiaß II S. 2.

Außer Betracht bleiben hier die gemäß dem E.G. z. B.G.B. landesgesetzlich zulässigen Typen dinglicher Rechte.

[3]) Cosack II S. 288.

[4]) Analoges gilt für den Verpächter (§ 585) und den Gastwirth (§ 704).

Bestimmungen der §§ 1250 Abs. 2, 1252, 1255, 1256, sondern auch mit der Entfernung der Pfandgegenstände aus dem Mietegrundstück unter den Bedingungen des § 560, sowie ferner bei Sicherheitsleistung des Mieters gemäß § 562. Auch das Pfandrecht des Pächters wegen seiner Forderungen gegen den Verpächter (§ 590), des Unternehmers für seine Forderung aus dem Werkvertrage (§ 647) entsteht ohne einen Vertrag. Allerdings ist hier Besitz der Pfandgläubiger an den Pfandgegenständen nötig. Diese kraft Gesetzes begründeten Pfandrechte haben alle mit dem gemäß § 1205 bestellten Pfandrecht das gemeinsame Moment, daß eine bewegliche Sache zur Sicherung einer Forderung derart belastet wird, daß der Gläubiger sich aus ihr nach Maßgabe der §§ 1228—1248 befriedigen kann (§ 1204). Das Gesetz hat, indem es im § 1205 Einigung und Besitz als „erforderlich" ansah, nur den Hauptfall im Auge gehabt; die Ausnahmefälle, wo ein Pfandrecht kraft Gesetzes und auch ohne Besitzübergabe entsteht, hat es der Einfachheit halber bei den einzelnen Schuldverhältnissen, wo sie praktisch zur Anwendung kommen, behandelt. Das Gesetz hätte, wenn es die erwähnten Ausnahmen im Pfandrecht hätte erörtern wollen, bei den betreffenden Schuldverhältnissen wieder ausdrücklich auf sie verweisen müssen. Das wäre höchst umständlich. Nach dem Gesagten findet sich also die „Regelung" des Pfandrechts nur im Sachenrecht.[1] Demnach müssen wir an dem Satze, daß das B.G.B. alle von ihm als dinglich anerkannten Rechte im dritten Buch regelt, festhalten. Das B.G.B. hätte also bei einer dinglichen Auffassung des Mietsrechts diejenigen Normen, die für den Begriff und Inhalt dieses dinglichen Rechts wesentlich wären, anstatt ins zweite Buch in das dritte stellen, mindestens aber hier ein dingliches Mietrecht erwähnen müssen. Will man mit Cosack den Unterschied zwischen einem Mietrecht an Grundstücken und beweglichen Sachen anerkennen und nur das erstere als dingliches Recht gelten

---

[1]) auch Cosack nennt die Begründung des Pfandrechts nach § 1205 die regelmäßige (vgl. a. a. O. II S. 298) und behandelt die erwähnten gesetzlichen Pfandrechte gleichfalls im „Sachenrechte" (a. a. O. S. 312).

lassen, so fragen wir: Warum wird nicht vom Gesetz bei der Kategorie der „Rechte an Grundstücken“ auch ein Mietrecht genannt?

Cosack[1] giebt zu, daß man bei der Miete nicht von einem Rechte a m Grundstück im Sinne des § 873 sprechen könne. Er hält dies aber für belanglos und macht geltend, daß auch das Besitzrecht nicht zu den „Rechten am Grundstück“, wohl aber zu den dinglichen gegen jeden Dritten wirksamen Rechten zähle. Der Einwand ist nicht stichhaltig. Cosack selbst definiert an anderer Stelle[2] den Besitz zutreffend als eine „Rechtsherrschaft“, d. h. eine vom Gesetz normierte und mit gewissen Rechten ausgestattete Rechtsstellung. Der Besitz sei kein Recht im gewöhnlichen Sinne, er begründe allerdings ein dingliches Recht auf den Besitz. „Das Recht, welches den Besitz gleichzeitig zu seinem Grunde und zu seinem Ziele hat, nennen wir das Besitzrecht.“ Dieses „Besitzrecht“ steht im Gegensatz zu den auf einer „gesetzmäßig besser gesicherten Grundlage entstehenden“ Rechten, die wir mit Cosack als Vollrechte bezeichnen, z. B. dem Eigentumsrecht, dem Nießbrauch. Auf einer solchen „gesetzmäßig besser gesicherten Grundlage“, nämlich dem Mietvertrage, beruht aber auch das Mietrecht. Es wäre nur als ein Vollrecht denkbar, wozu es auch Cosack[3] zählt. Als solches hätte es das Gesetz bei einer dinglichen Auffassung neben den andern ein Grundstück belastenden Vollrechten erwähnen müssen, ebenso wie das preußische Landrecht es gethan hat.[4]

Zutreffend weist Mittelstein[5] auf den Gegensatz zwischen den Artikeln des Einführungsgesetzes 170, 172 einerseits, wo von der Miete als einem Schuldverhältnis und den durch § 571 ff. bestimmten Rechten des Mieters die Rede ist, und Art. 184, 188 andererseits, welche von den Rechten, mit denen eine Sache am 1. Januar 1900 „belastet“ ist und von Mietrechten, welche an diesem Tage landesrechtlich als Rechte „an einem Grundstück“ bestehen, sprechen. Hier zeigt sich deutlich die Absicht des Gesetzes,

[1]) II, S. 288.
[2]) II, S. 61, 78.
[3]) II, S. 4.
[4]) siehe oben S. 19
[5]) S. 299.

die am 1. Januar 1900 landesrechtlich, z. B. nach dem preußischen Recht, begründeten dinglichen Mietrechte nicht zu beeinflussen, dagegen nach diesem Termine aus dem Schuldverhältnis der Miete keine dinglichen Befugnisse mehr zuzulassen.

Resumieren wir: Es giebt nach dem B.G.B. nur solche dinglichen Rechte, wie sie im Sachenrecht aufgezählt werden. Betreffen sie Grundstücke, so können es nur Rechte „an einem Grundstücke" im Sinne des § 873 sein. Da ein Grundstücksmietrecht hierbei nicht erwähnt wird, kann es auch nicht dinglich sein.

Diese äußeren aus Systematik und Terminologie des Gesetzes hergeleiteten Gründe können nicht entscheidend sein. Wie die Motive[1] erkennen lassen, leitete den Entwurf I bei der Aufnahme des römischen Grundsatzes „Kauf bricht Miete" neben anderen Gesichtspunkten auch die Furcht vor einer Verdinglichung des Mietrechts. In der zweiten Lesung wurde jedoch das entgegengesetzte Princip „Heuer geht vor Kauf", das dann auch Gesetz wurde, aufgenommen. Hierbei hat die Kommission für die zweite Lesung nur die positive Regelung dieses Satzes im Auge gehabt, die juristische Konstruktion hat man der Wissenschaft überlassen.[2]

So könnten dann unsere Gegner sagen: Der Entwurf II und das Gesetz haben die Scheu vor einer Verdinglichung überwunden und nur eine Ungenauigkeit in der Systematik begangen. Die Normen, die entgegen dem Entwurf I dem Mieter ein dingliches Recht gewähren, hätte man nicht in das Recht der Schuldverhältnisse, sondern in das Sachenrecht einfügen oder hier wenigstens auf sie verweisen müssen, wenn man sie in das zweite Buch stellte.

bb) Diesen Einwand wollen wir nun zu widerlegen suchen und zeigen, daß nicht nur die angeführten äußeren, sondern auch innere Gründe für die obligatorische Natur des Mietsrechts sprechen.

---

[1]) Motive II S. 384.

[2]) Jedenfalls finden sich in den Protokollen keine diesbezüglichen Erörterungen.

Es wird hier (vgl. Protok. S. 1875) nur die Konstruktion einer gesetzlichen Cession verworfen, ebenso in der Denkschrift S. 116.

A. Betrachten wir einmal die rechtliche Stellung desjenigen, der nach dem Gesetz vermieten kann. Wenn wir hier von vermieten „können" sprechen, so bezeichnen wir damit die subjektive Möglichkeit jemandes, den mit dem Mieter abgeschlossenen Vertrag zu erfüllen, insbesondere dem Mieter die Gebrauchsbefugnis rechtsgültig zu verschaffen. Den obligatorischen Mietvertrag rechtsgültig eingehen kann jede Person, die — sei es allgemein oder bezüglich des betreffenden Vertrages, etwa auf Grund von § 110 B.G.B. — geschäftsfähig ist, mag sie rechtlich in der Lage sein, dem Mieter die Sache zu überlassen oder nicht. Richtig bemerkt Mittelstein[1], daß eine besondere „Fähigkeit" oder eine „Verfügungsbefugnis"[2] des Vermieters zum Abschluß des Vertrages ebensowenig wie im bisherigen Rechte erforderlich ist.

In der Regel wird der Vermieter auch Eigentümer der Mietsache sein. Vermieten, die Gebrauchsbefugnis verschaffen kann aber auch der Nießbraucher. Der Nießbraucher, der nach § 1059 nur ein nicht übertragbares Recht an der Sache hat, der nur die Ausübung einem andern überlassen darf, ist im Stande, die Sache zu vermieten. Wie sollte, so fragen wir, jemand der sein an der Sache begründetes Recht nicht veräußern kann, an diesem Rechte oder an der Sache ein dingliches Mietrecht bestellen dürfen? Veräußern und dinglich Belasten sind zwei, wenn wir so sagen dürfen, rechtlich gleich schwerwiegende Geschäfte. Das Gesetz hat es wohl für überflüssig gehalten, etwa noch zu betonen, daß das „Überlassen" des Nießbrauchs nicht in einer dinglichen Belastung desselben oder des Nießbrauchsobjekts bestehen kann. Für letztere Ansicht spricht die Entstehungsgeschichte des § 1059. Nach § 1011 des Entwurfs I konnte der rechtsgeschäftlich bestellte Nießbrauch (im Gegensatz zu dem ehemännlichen und elterlichen der §§ 1298, 1534) veräußert und belastet werden. Eine Übertragung des Nießbrauchs lediglich der Ausübung nach, dergestalt, daß der Ausübende nur eine obligatorische Rechtsposition hatte, kannte der Entwurf nicht.[3] In der zweiten Lesung wurde jedoch der § 1011 aufgehoben durch den § 968 Entwurf II, der dem

[1]) S. 43, 44.

[2]) Eine solche verlangen Borcherdt, § 10; Fuld, S. 45.

[3]) vgl. Motive III S. 525.

§ 1059 des Gesetzes entspricht. Hiernach ist ersichtlich, daß, anders als im Entwurf I, nach dem Gesetz nur eine rein obligatorische Überlassung des Nießbrauchs gestattet ist.[1] Das Übertragen im Sinne des § 1059 begreift nicht nur die Veräußerung, sondern auch die dingliche Belastung. Selbstverständlich kann man, wenn die Belastung des Rechtes ausgeschlossen ist, auch an dem Gegenstande dieses Rechtes ein dingliches Recht nicht begründen.

Da nun der Nießbraucher, wie § 1056 ergiebt, die Sache rechtsgültig vermieten darf, kann das Mietrecht nur einen obligatorischen Charakter haben.[2] Man erwäge ferner, daß der Nießbraucher nicht nur für die Dauer seines Nießbrauches, sondern mit den im § 1056 bestimmten Schranken auch über diese Zeit hinaus wirksam vermieten kann. Dies ist, wie Crome zutreffend bemerkt, vollkommen verständlich, wenn man die Miete als obligatorisches Recht ansieht. „Dann wird sie überhaupt nicht in ihrem rechtlichen Bestande alteriert, wenn der Vermieter das ihn zur Erfüllung seiner Vertragspflichten befähigende Recht verliert." Es liegt dann subjektive Unmöglichkeit seitens des Vermieters vor, den Vertrag weiter, als es § 1056 gestattet, innezuhalten. Dagegen würde die Konstruktion seltsam sein, daß der Nutznießer, der ein zeitbeschränktes Recht an einer Sache hat, an eben dieser Sache ein dingliches Recht bestellen könnte, welches das seinige überlebt.[3]

B. Sehen wir also hier in der rechtlichen Stellung des Vermieters einen Beleg für die Unrichtigkeit der Dinglichkeits-Theorie, so haben wir einen weiteren in der Art, wie der Mieter nach jener Ansicht das dingliche Recht erwerben soll. Erworben wird es nach Cosack und Meisner[4] in dem Augenblicke, wo dem Mieter die Sache überlassen ist, wo er in den Besitz kommt. Nun kann ja bei beweglichen Sachen ein auf Grund eines obligatorischen Vertrages

[1]) ebenso auch Cosack II S. 182.

[2]) Bemerkenswert ist, daß in der zweiten Kommission (vgl. Reatz I S. 517) und in der Denkschrift S. 141. Vermietung und Verpachtung als Hauptfälle der Überlassung des Nießbrauchs erwähnt werden.

[3]) vgl. Crome S. 59, 60.

[4]) Cosack II S. 286; Meisner Nr. 3 zu § 571.

erlangter Besitz ein dingliches Recht, und zwar – das allein kommt hier in Betracht – ein Vollrecht begründen. Kauft jemand eine bewegliche Sache und wird ihm vom Verkäufer auf Grund des Kaufvertrages die Sache übergeben, so erwirbt er mit dem Moment der Übergabe ein dingliches Recht, das Eigentum. Analog ist es beim Erwerbe des Nießbrauchs (§ 1032), des Pfandrechts (§ 1205). Wie aber ist es bei unbeweglichen Sachen? Nach § 873 muß jede Belastung eines Grundstücks, um Dritten gegenüber wirken zu können, in das Grundbuch eingetragen werden. Es gilt das deutschrechtliche Princip der Publicität. Die privatrechtlichen Belastungen eines Grundstücks sollen nicht geheim bleiben, es ist für den Verkehr, insbesondere für die Bedürfnisse eines gesunden Realkredits nötig, daß jeder Interessent sich über die Eigentumsverhältnisse und die dinglichen Lasten eines Grundstücks unterrichten kann. Diesem Zwecke dient die Bestimmung des § 873. Ja das Gesetz geht noch weiter. Nicht nur Rechte an Grundstücken, sondern gewisse sich für die Beteiligten aus rein obligatorischen Verhältnissen, wie z. B. einer Gemeinschaft (B.G.B. § 741), einem Gesellschaftsvertrage (§ 705), ergebende Beschränkungen z. B. hinsichtlich der Teilung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes, müssen, soweit sie Grundstücke betreffen, in das Grundbuch eingetragen sein, um gegenüber Sondernachfolgern der Gemeinschafter zu wirken.[1] Auch dies ist ein Beweis dafür, wie ängstlich das Gesetz eine von ihm als dinglich anerkannte Wirkung mit Bezug auf Immobilien durch Eintragung in das Grundbuch sichert.[2] Natürlich giebt es manche gegen Dritte wirksame, ein Grundstück betreffende Verfügungsbeschränkungen, teils gesetzliche, wie z. B. die des Nachbarrechts, die man zuweilen inkorrekt als kraft Gesetzes entstehende Dienstbarkeiten, als Legalservituten bezeichnet (z. B. §§ 906, 907), teils gerichtliche (z. B. Beschlagnahme von Vermögen), die nicht der Eintragung bedürfen. Ebenso die aus dem öffentlichen Recht entspringenden Rechte und Pflichten. Derartige Beschränkungen sind eben auch ohne Eintragung für die beteiligten regelmäßig erkennbar. Im übrigen ist jedes dingliche

[1]) vgl. §§ 1010, 755, 756 B.G.B.

[2]) vgl. Crome S. 31.

ein Grundstück betreffende Recht einzutragen. Nun ist aber, wie auch Cosack nicht bestreitet, das Grundstücksmietrecht nicht eintragbar.[1] Folglich kann es auch das Grundstück nicht belasten, nicht dinglich sein.[2]

Gegen diesen Schluß wendet sich Cosack.[3] Er macht geltend, daß das zweifellos dingliche Recht des Grundeigentümers auf die ihm als Ersatz für die ihm obliegende Pflicht zur Duldung eines Überbaues — Analoges gilt nach § 917 bei Einräumung eines Notweges — gemäß § 912 zustehende Rente auch, wenigstens principiell, von der Eintragung ins Grundbuch ausgeschlossen ist. Hierauf ist zu erwiedern: Der Fall des § 912 ist eine Ausnahme. Sämtliche Vorarbeiten des Gesetzes, Entwurf I § 858, Entwurf II § 827, die Reichstagsvorlage im § 898, sowie das Gesetz selbst im § 914 Abs. 2 S. 1 bestimmen ausdrücklich die Nichteintragung. Ein in der zweiten Lesung gestellter Antrag, wonach die Eintragung des Rentenrechts zur Wirksamkeit gegen Dritte erforderlich sein sollte, wurde abgelehnt. Doch war die Mehrheit der Kommission der Ansicht, daß die Rücksicht auf den gutgläubigen Erwerber des überbauten Grundstücks es gebiete, ausdrücklich zu betonen, daß die für die Beteiligten sich ergebenden Rechte und Verbindlichkeiten ohne Eintragung kraft Gesetzes an den Eigentumsübergang geknüpft sind.[4] Nicht eintragbar ist nur die gesetzliche, nach § 912 Abs. 2 S. 2 sich bemessende Rente, nicht die durch Vertrag festgesetzte. Letztere bedarf wie andere vertraglich bestellten dinglichen

[1]) Irrtümlich ist es, wenn Borcherdt S. 110 meint, der Mieter könne sich Dritten gegenüber dadurch schützen, daß er die Eintragung einer Vormerkung für sein Recht aus dem Mietevertrage erwirke. Wie oben S. 16 dargelegt, kann die Vormerkung nur Rechte an einem Grundstück im Sinne des § 873 sichern. Zu dieser Kategorie von Rechten gehört nach dem Gesagten das Mietrecht nicht. Wie Borcherdt sich für seine Ansicht auf die hier citierten Kommissionsprotokolle berufen kann, ist unerfindlich. Auch Dernburg, bürgerl. R. II S. 172, Neumann I S. 262, die wie erwähnt, für ein obligatorisches Wiederkaufsrecht eine Vormerkung zulassen wollen, halten eine solche bei der Miete für unstatthaft.

[2]) Ebenso Crome S. 14; Neumann Bd. 1 S. 262 Note II.

[3]) II S. 283.

[4]) vgl. Protokolle S. 3556, 3557.

Rechte gemäß § 914 Abs. 2 S. 2 der Eintragung. Nun meinen wir, daß die Beteiligten, schon um etwaige Streitigkeiten mit den Rechtsnachfolgern zu vermeiden, es vorziehen werden, die Höhe des Rentenanspruches durch Vertrag genau zu regeln und die Rente eintragen zu lassen. Aber, selbst wenn dieser Fall nicht vorliegt, ein Dritter also aus dem Grundbuch die Höhe der Rente nicht erfährt, so weiß er, indem er den Überbau sinnlich wahrnimmt oder von andern wahrnehmen läßt, daß eine Überbaurente vorhanden ist,[1] deren ungefähre Höhe er nach dem im § 912 gegebenen Maßstabe selber berechnen kann. Muß er die genaue Höhe der Rente kennen, etwa weil er das belastete Grundstück zu kaufen gedenkt, so wird er auch diese leicht erfahren, z. B. kraft der nach § 444 dem Käufer obliegenden Pflicht zur Auskunftserteilung. Man kann also sagen, daß auch ohne Eintragung das besagte Rentenrecht „erkennbar" und daß die hier erfolgte Durchbrechung des Eintragungsprincips verständlich ist.

Anders liegen die Verhältnisse bei der Miete. Bleibt der Mieter in fortdauerndem thatsächlichem Genuß der Mietsache, so könnte man behaupten: Ein Dritter muß sofort erkennen, daß das Grundstück vermietet ist. Aber auch in diesem Falle wäre für ein dingliches Grundstücksmietrecht die Eintragung nicht zu entbehren. Denn der Dritte sieht hier nur, daß ein Mietvertrag vorliegt. Er erfährt vielleicht auch die naturalia des Geschäfts, dagegen weiß er noch nichts von den besonderen Verabredungen der Parteien.[2] Freilich bieten für den Fall, daß ein Dritter das vermietete Grundstück kauft, einen gewissen Ersatz die erwähnte Bestimmung des § 444, sowie die Thatsache, daß es sich meist um mehrjährige, gemäß § 566 schriftlich geschlossene Verträge handelt. Wie oft aber befindet sich der Mieter einer Wohnung außerhalb derselben, zuweilen mit dem ganzen Inventar, ohne daß er sich seines Rechtes zum Gebrauch der Wohnung begiebt. Bei einer solchen Lage einem jeden Dritten gegenüber — wir sprechen hier nicht

---

1) Denn, wenn seitens des Berechtigten auf die Rente verzichtet ist, so ist dies in Folge der Bestimmung des § 914 Abs 1 S. 2 aus dem Grundbuch ersichtlich.

2) Crome S. 36.

blos von dem Fall der Veräußerung — das nicht eingetragene Mietverhältnis wirken zu lassen, wäre ein Verstoß gegen das sonst so streng eingehaltene Publicitätsprincip. Dieser Verstoß wäre um so schlimmer als das dingliche Mietrecht von allen Sachenrechten das häufigste wäre. Man beachte, daß schon von der ersten Kommission bei der Ausarbeitung des Entwurfs die Zulässigkeit der Eintragung der Miete aus Furcht vor einer Verdinglichung abgelehnt wurde,[1] daß die Motive zum Entwurf I auf die Unzweckmäßigkeit der Eintragung eines Mietverhältnisses hinweisen,[2] daß hierüber nach der Emanation des Entwurfs I heftig gestritten wurde! Man kann über Dinglichkeit und Eintragung der Miete denken, wie man will. In jedem Falle ist es wunderbar, daß der Entwurf II und das Gesetz, wenn sie dem Mieter ein dingliches Recht gewähren wollten, der Frage der Eintragung nicht ein einziges Wort gewidmet haben, durch welches etwa die Eintragung ausgeschlossen oder, analog der erwähnten Vorschrift des § 914 Abs. 2 S. 2, als fakultative zugelassen wäre. Es läge dann in dem Schweigen über diese in das Publicitätsprincip geschlagene Bresche, wie Crome[3] treffend bemerkt, eine „Unterschlagung" seitens der zweiten Kommission und des ihr folgenden Gesetzes. Eine solche „Unterschlagung", ein derartiges Totschweigen der Kritik kann man der Kommission und dem Gesetze nicht zutrauen. Vielmehr kommen wir zu dem Schlusse: Der Gesetzgeber hat die Eintragungsunfähigkeit des Mietrechts deshalb nicht erwähnt, weil er die Miete als ein rein obligatorisches Verhältnis ansah.[4]

Zu dem gleichen Schluß müßten wir auch dann gelangen, wenn wir annehmen, daß in der That die Begründung eines dinglichen Mietrechts auch ohne Eintragung nach dem Gesetz erfolgen könnte. Sollte auch für die rechtsgeschäftliche Übertragung und Beendigung eines dinglichen Rechts das

[1]) vgl. v. Meibom S. 28.

[2]) Motive II S. 384 ff. Hier werden u. a. die Gefahr einer Überfüllung des Grundbuchs, die Kosten und Umständlichkeiten, die mit der Eintragung verbunden sein würden, betont.

[3]) S. 26.

[4]) Cosack II S. 268 muß zugeben, daß, vom Standpunkt der Dinglichkeit betrachtet, hier eine „empfindliche Abweichung" von den allgemeinen grundbuchrechtlichen Regeln vorliegt.

Gesetz entgegen der Regel des § 873 von einer Eintragung Abstand genommen haben? Hinsichtlich der Übertragung von Rechten findet sich allerdings eine Durchbrechung des Princips: Eine Briefhypothek wird gemäß § 1154 übertragen durch bloße Abtretungserklärung des Berechtigten und Übergabe des Briefes an den neuen Gläubiger. Diese Ausnahme ist verständlich und zweckmäßig; der Hypothekenbrief hat eben Buchfunktion, er gilt gewissermaßen als ein Teil des Grundbuchs. Sonst sind Ausnahmen von der Bestimmung des § 873 nicht vorhanden.[1]

Das Mietrecht übertragen, d. h. die Mietsache weiter vermieten (§ 549), kann man nach dem Gesetz formlos; auch zur Beendigung des Mietverhältnisses ist keine Form vorgeschrieben.

C. Haben wir demnach in der Person des Vermieters, ferner in der Art der Entstehung, Übertragung und Endigung des Mietrechts Belege für den obligatorischen Charakter gefunden, so sehen wir einen weiteren in der Art des dem Mieter gewährten Rechtsschutzes. Natürlich hat wie im bisherigen Recht, so auch im B.G.B. der Mieter von dem Augenblicke des Vertragsabschlusses an einen persönlichen Anspruch gegen den Vermieter auf Gewährung der Sache zu dem vertragsmäßigen Gebrauch, auf Beseitigung von Mängeln der Mietesache ꝛc. Hat er die Sache in seine Gewalt bekommen, so ist er Besitzer (§ 868) und hat kraft seines Besitzes als Schutzmittel das Recht der Selbsthilfe (§ 859) und die gewöhnlichen Besitzklagen (§§ 858 ff.). Dem Mietbesitzer einer beweglichen Sache steht außerdem noch die Klage aus § 1007, die sogenannte petitorische Besitzklage, zu. Diese sich aus dem Besitzrecht ergebenden Ansprüche hat aber nicht nur der Mieter; sie kommen auch den andern unstreitig nicht dinglich berechtigten, d. h. vollberechtigten,

[1]) Nur eine scheinbare scheint uns die von Crome S. 27 als verhältnismäßig geringfügige Ausnahme angesehene Bestimmung des § 1028 zu sein, eine Bestimmung, die vom Reichstag trotz des Widerspruchs der Regierungsvertreter in das Gesetz hineingebracht worden ist. In dem besagten Paragraphen wird allerdings, wie Crome l. c. sagt, eine Art von usucapio libertatis statuiert. Es erlischt aber u. E nicht die Dienstbarkeit als solche, sondern nur ein einzelner sich aus ihr ergebender Anspruch.

Besitzern, z. B. dem Leiher, dem Verwahrer zu. Ein Kriterium für die Dinglichkeit eines Rechtes, soweit es Besitz und Nutzung einer Sache zum Inhalt hat, ist aber die Frage, ob es außer den possessorischen auch noch besondere gegen jeden Dritten — sofern er nicht gerade ein widerstreitendes besseres Recht hat — wirksame Klagen, die petitorischen, verleiht. Einen solchen Schutz genießt z. B. der Eigentümer, er hat nach § 985 – sofern nicht § 986 entgegensteht einen Anspruch auf Herausgabe der Sache gegen jeden, der die Sache im Besitz hat, er kann ferner nach § 1004 Beseitigung und Unterlassung jeglicher Beeinträchtigung seines Rechts von dem Störer verlangen, es sei denn, daß der Störer gesetzlich oder vertragsmäßig zur Störung befugt ist. Endlich kommt dem Eigentümer die Vermutung des § 1006 zu Gute. Diese sich aus dem Eigentumsrecht ergebenden Ansprüche bezw. ein Teil derselben gelten analog für die übrigen vom B.G.B. als dinglich aufgezählten Rechte, so für das Erbbaurecht (§ 1017 Abs. 2), für die Grunddienstbarkeit (§ 1027), für den Nießbrauch an Sachen (§ 1065) sowohl als an Rechten (§ 1068), für die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1090), für das Pfandrecht (§ 1227). Wird der Nießbraucher oder der Dienstbarkeitsberechtigte von einem Dritten unbefugt gestört, so braucht er nicht erst denjenigen, von dem er, der Berechtigte, sein Recht herleitet, um Hilfe gegen den Störer anzugehen, er kann vielmehr kraft seines dinglichen Rechts direkt gegen ihn klagen.

An keiner Stelle im B.G.B. wird dem Mieter ein derartiger aus dem Mietrecht entspringender, principiell gegen jeden Dritten wirkender Anspruch gegeben. Cosack kommt zwar auf Grund eines später zu erörternden „Schlusses“ aus den §§ 571 ff. zu dem Resultat, daß der Mieter ebenso, wie er gegen einen Rechtsnachfolger des Vermieters, z. B. den Käufer der Mietsache, auf Duldung des Mietgebrauchs klagen kann, — diese Klage nennt Cosack von seinem Standpunkt aus logisch eine petitorische —, er um somehr geschützt sein muß gegen jeden andern in keiner Weise an der Mietsache Berechtigten.[1] Nun ist es doch höchst un-

[1]) vgl. Cosack II § 287 V.

wahrscheinlich, daß, während bei den andern gewichtigen dinglichen Rechten, wie dem Eigentum, der Dienstbarkeit, das Gesetz es für nötig gehalten hat, die besagten petitorischen Ansprüche ausdrücklich zu bestimmen, es hier bei dem — wie man auch vom dinglichen Standpunkt zugeben muß — inhaltlich bedeutend geringeren Recht des Mieters den petitorischen Schutz als einen selbstverständlichen, nicht der Erwähnung bedürftigen angesehen hat.

Wir können nur Crome darin beistimmen, daß, abgesehen von den genannten lediglich auf dem Besitz beruhenden Schutzmitteln, in einem solchen Falle unbefugter Störung der Mieter ausschließlich auf seinen Vermieter, dem er nach § 545 sofort die Störung melden muß, angewiesen ist.[1] Hiergegen beweist auch nichts der Umstand, daß auch der petitorisch geschützte Nießbraucher gemäß § 1042 eine ähnliche Anzeigepflicht hat. Gerade die Genauigkeit, mit welcher das Gesetz die Rechtsstellung des Gebrauchsberechtigten in beiden Fällen zum Teil übereinstimmend und mit denselben Ausdrücken geregelt hat, läßt erkennen, daß man, insoweit dies nicht geschehen ist, auch von einer Verschiedenheit der Rechtsstellung ausgegangen war.[2] Hat demnach der Mieter keine petitorische Klage gegen Dritte, so kann sein Recht bezüglich der Mietsache auch nicht dinglich sein.[3]

D. Wie verträgt sich aber, so werden die Gegner fragen, diese Auffassung mit dem in den §§ 571 ff. statuierten, gewöhnlich mit den Worten „Kauf bricht nicht Miete" bezeichneten Princip? Für das römische Recht, wo der ent-

[1]) vgl. Crome S. 44.

[2]) Crome l. c.

Crome weist, u. E. überflüssiger Weise, noch darauf hin, daß auch aus den Bestimmungen der §§ 538, 541 nicht auf ein selbständiges Verteidigungsrecht des Mieters gegen einen Dritten geschlossen werden kann. Diese Paragraphen besagen, daß der Mieter bei Beeinträchtigung durch Mängel oder Rechte Dritter den Mangel selbst beseitigen oder dem Recht des Dritten selbständig Genüge leisten und dann vom Vermieter Ersatz der erforderlichen Aufwendungen beanspruchen kann. Wir glauben nicht, daß jemand in dieser Befugnis des Mieters ein selbständiges Verteidigungsrecht erblicken wird. Es liegt u. E. hier gewissermaßen eine gesetzliche Vertretungsbefugnis vor. Der Mieter handelt zu Gunsten und zu Lasten seines Vermieters.

[3]) Ebenso Crome l. c.

gegengesetzte Grundsatz galt, der Mieter also dem Erwerber bei Veräußerung der Mietsache weichen mußte, wenn nicht der Letztere den Vertrag freiwillig mit übernahm, mag die Miete ein rein persönliches Recht gewesen sein. Für das Reichsrecht, so wird man sagen, ist diese Auffassung nicht haltbar. Denn, ebenso wie die Miete im preußischen Recht dinglich war, muß sie es auch im B.G.B., wo gleichfalls der Satz „Kauf bricht nicht Miete" gilt, sein. Der letztere Grundsatz läßt nach der Ansicht mancher direkt auf die Dinglichkeit schließen. Der „Schluß" ist unabweislich, daß wenn der Mieter gegen die Störungen einer Person geschützt wird, welche an dem Grundstück ein Recht hat, er umsomehr gegen die Störungen eines völlig Unbefugten geschützt sein muß.[1]

α) Werfen wir einmal einen kurzen historischen Rückblick, so werden wir sehen, daß nicht immer aus der jeweiligen Regelung eines Gesetzes hinsichtlich der Veräußerung der Mietsache ein Schluß auf den Charakter der Gebrauchsbefugnis des Mieters gezogen werden kann.

Das römische Recht freilich, das, wie erörtert, in der Miete nur ein rein obligatorisches Verhältnis sah, zog aus dem obligatorischen Charakter die natürliche Konsequenz, indem es den Satz „Kauf bricht Miete" aufstellte. Wird während der Dauer des Mietverhältnisses die Mietsache von dem Vermieter veräußert, so treibt der Erwerber kraft seines dinglichen Rechts, des Eigentums, den Mieter aus der Detention der Sache; der Mieter kann seine ihm kraft des obligatorischen Vertrages zustehende Gebrauchsbefugnis gegen den Willen des neuen Erwerbers nicht mehr ausüben, vgl. l. 2, 51, l. 32 D, 19, 2; l. 9 C. 4, 65; l. 5 9 § 1 D. 7, 1; l. 120 § 2 D. de leg. I, 30; Windscheid II S. 677 N. 7; Dernburg, Pand. II S. 301. Nur das Schuldverhältnis zwischen Mieter und Vermieter bleibt bestehen. Der Mieter wird dem Vermieter gegenüber von seinen Verbindlichkeiten nicht frei, und der Vermieter ist dem Mieter zum Ersatz des Schadens, welcher diesem durch den Verlust seiner Gebrauchsbefugnis entstanden ist, verpflichtet.

Natürlich können der Vermieter und der neue Erwerber die Fortdauer des bestehenden Mietverhältnisses vereinbaren. Eine derartige Abrede kommt aber dem Mieter nicht ohne

[1]) so Cosack II S. 287.

weiteres zu Gute. Nur dann, wenn der Erwerber mit dieser Abrede die bisherigen Pflichten des Vermieters übernimmt, also eine Schuldübernahme vorliegt, kann der Mieter selbständig von dem Erwerber die Gewährung des Mietgebrauchs verlangen.[1]

In der gemeinrechtlichen Praxis wurde die Wirkung des Satzes Kauf bricht Miete insofern abgeschwächt, als man dem Mieter die Einhaltung der ortsüblichen Kündigungsfristen, eventuell eine angemessene Zeit zur Freigabe der Mietsache bewilligte.[2]

In den deutschen Rechtsquellen ringt sich gegen Ende des Mittelalters das entgegengesetzte Princip durch: „Heuer geht vor Kauf". Der Erwerber der veräußerten Sache ist kraft Gesetzes an den bestehenden Mietvertrag gebunden.[3] Es ist also der Erwerber in seiner Verfügungsmacht über die erworbene Mietsache beschränkt. Zu beachten ist, daß nicht immer in den jeweiligen Quellen, wo dem Mieter die gewere zukommt, auch der besagte Grundsatz gilt, daß er andrerseits Geltung hat auch in solchen Quellen, die dem Mieter die gewere nicht zusprechen.[4] Freilich ist der Begriff der gewere, wie erörtert, ein sehr strittiger, und können wir daher die Behauptung, daß der Satz „Heuer geht vor Kauf" keineswegs die Dinglichkeit des Mietrechts immer voraussetze für die mittelalterlichen deutsch-rechtlichen Quellen nicht mit Bestimmtheit vertreten.

Wohl aber für moderne deutsche Partikularrechte. Hier ist zu erwähnen das bekannte Hofreskript Friedrichs des Großen vom 15. April 1765. Letzteres regelt für ein gemeinrechtliches Gebiet das Rechtsverhältnis zwischen dem Mieter und dem Erwerber der veräußerten Mietsache, ohne an dem obligatoren Charakter des Mietrechts zu rütteln. In diesem Reskript heißt es:

„Denen zur Veräußerungszeit sich im Besitz befindenden Mietern muß derselbe (d. h. der neue Erwerber) ihren Kontrakt auf gleichem Fuß halten, als solches sein Autor

[1]) Windscheid II S. 678$_7$.

[2]) vgl. Dernburg, Pand. II S. 308.

[3]) vgl. Fischer S. 360, v. Brünneck Zeitschr. d. Savignystiftung germ. Abt. Bd. 1 S. 138 ff.

[4]) vgl. v. Brünneck a. a. O. S. 153 ff.

zu thun schuldig gewesen". Er tritt also für die noch übrige Dauer des Mietkontraktes sowohl in die Verbindlichkeiten, als in die Rechte des Veräußerers ein.[1] Dieser gesetzliche Eintritt des Erwerbers in Rechte und Pflichten des Vermieters gilt aber nur dann wenn der Mieter zur Zeit der Veräußerung die Mietsache besitzt. Er gilt ferner nur für den Fall der freiwilligen Veräußerung, nicht bei notwendigen Verkäufen, den Subhastationen, es sei denn, daß diese zum Zweck der Auseinandersetzung von Erben erfolgen.

Auch der Code civil hat eine solche Gebundenheit des dritten Erwerbers bestimmt. Wie erörtert, hat der Mieter im Code civil nach der herrschenden Lehre nur ein obligatorisches Recht. Trotzdem braucht der Grundstücks- und Hausmieter, sofern er nur das Bestehen eines Mietvertrages genügend nachweist, dem Erwerber der freiwillig veräußerten Mietsache nicht zu weichen, es sei denn daß Vermieter und Mieter das Gegenteil vereinbart haben.[2]

Im Hofreskript wie im Code civil ist also trotz obligatorischen Charakters des Mietrechts der Satz „Heuer geht vor Kauf" anerkannt. Es erhellt demnach, wie bedenklich es ist, aus der Regelung der Sonderfrage nach dem Rechtsverhältnis bei Veräußerung der Mietsache auf die jeweilige juristische Konstruktion der dem Mieter zustehenden Gebrauchsbefugnis zu schließen.

Im folgenden wollen wir nun nachzuweisen suchen, daß auch für das Bürgerliche Gesetzbuch jener Schluß Cosacks nicht zutrifft.

β) Zunächst darf doch nicht verkannt werden, daß der Satz „Kauf bricht nicht Miete", wie im Code civil, so auch im B.G.B. nur ein dispositiver ist, daß also der Mieter nach dem Mietvertrag verpflichtet sein kann, bei Veräußerung der Mietsache dem Erwerber zu weichen. Dies ist jedenfalls

---

[1]) vgl. v. Brünneck in Gruchots Zeitschr. Bd. 42, S. 291 ff.

[2]) Art. 1743 des Code civil besagt: Si le bailleur vend la chose louée, l'acquèreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont le date est certaine, à moins qu'il ne se soit réservé ce droit par le contract de bail.

vgl. Zachariae-Lingenthal II S. 571, 572.

die herrschende Ansicht[1]. Für die zwingende Natur des Satzes ist bisher, soweit ersichtlich, nur Borcherdt[2] eingetreten, ohne nähere Begründung. Für die Entscheidung der Frage bietet der Wortlaut der betreffenden Bestimmungen nicht den geringsten Anhaltspunkt. Im § 571 heißt es schlechthin: der Erwerber „tritt" an Stelle . . . ein, und im § 577: der Dritte „ist" verpflichtet . . . Es wird nicht gesagt, daß der Erwerber eintreten „muß" oder „soll"[3]. Auch in den Materialien ist diese Frage nicht berührt. Wir werden also nach allgemeinen Grundsätzen eine Entscheidung zu treffen haben.

Im B.G.B. sind nun zweifellos diejenigen Normen, welche die Wirkungen eines zwischen zwei Parteien geschlossenen Rechtsgeschäfts festsetzen, principiell nicht zwingend; sie ergänzen den Parteiwillen in denjenigen Punkten, an deren Regelung die Contrahenten beim Abschluß des Geschäfts nicht gedacht haben. Zwingend sind nur diejenigen Normen, die dem allgemeinen öffentlichen Interesse, insbesondere dem Verkehrsschutze dienen sollen, sowie diejenigen, welche eine sittliche oder socialpolitische Tendenz verfolgen.[4] In dem Gebiete des Obligationenrechts, wo öffentliche Interessen weniger in Frage kommen, wo principiell Vertragsfreiheit[5] herrschen und daher im Wesentlichen dispositives Recht gelten soll, hat der Gesetzgeber bei einer Reihe von Bestimmungen den zwingenden Charakter als eine Ausnahme dadurch hervorgehoben, daß er die Nichtigkeit oder Unzulässigkeit entgegenstehender Vereinbarungen ausdrücklich erklärt (vgl. z. B. §§ 248, 276 Abs 2, 419 Abs. 3, 443, 476, 540, 544, 637). Wir meinen daher: Hätte das Gesetz den §§ 571 ff. zwingenden Charakter beilegen wollen, so würde dies als eine Ausnahme von den allgemeinen

[1]) vgl. Wäntig S. 16, Mittelstein S. 52. Niendorff S. 194, Brückner S. 124, Endemann I S. 758, Dernburg, bürg. R. II S. 172, Neumann I S. 261, 262, Oertmann S. 292, anscheinend auch Cosack II S. 286, 1a; 291, 1a.

[2]) S. 3.

[3]) vgl. für die Terminologie des Gesetzes hinsichtlich der Unterscheidung zwischen zwingendem und nicht zwingendem Recht Endemann I, S. 35, 36, 40, Stammler S. 73—76.

[4]) vgl. Endemann l. c., Matthiaß I S. 30, 31.

[5]) vgl. Motive II S. 2,

Principien des Obligationenrechts in irgend einer Weise zum Ausdruck gebracht sein. Keinesfalls kann man eine solche Absicht des Gesetzgebers aus dem bloßen Schweigen als etwas Selbstverständliches entnehmen und sagen, die §§ 571 ff. dienen einem öffentlichen oder socialpolitischen Interesse; es verstoße gegen die guten Sitten, es sei eine Ausbeutung der wirtschaftlich schwächer gestellten Klassen der Bevölkerung, wenn die Kontrahenten jene Bestimmungen in dem Mietvertrage ausschließen. Derartige Erwägungen sind u. E. verfehlt. Daß die Regelung, wie sie der erste Entwurf in dem Satze „Kauf bricht Miete" hatte, vom socialpolitischen Standpunkt aus tadelnswert war, geben wir zu. Der Mieter ist dann eben vollkommen von dem dritten Erwerber abhängig. Wir vermögen aber nicht einzusehen, welches socialpolitische Bedenken vorliegt, wenn in dem Mietvertrage der Mieter freiwillig auf die ihm bei Veräußerung der Mietsache zustehenden Rechte verzichtet gegen ein Äquivalent, etwa in Gestalt einer Ermäßigung des Mietzinses. Nicht immer kommt es dem Mieter, auch wenn er eine Wohnung schon bezogen hat, darauf an, nun auch während der ganzen im Mietvertrage festgesetzten Zeit wohnen zu bleiben, so z. B. wenn er kein großes Inventar in die Wohnung eingebracht hat, die Kosten für einen etwaigen Umzug demgemäß auch nur gering sind. Hier ist die Möglichkeit einer Verbilligung des Mietzinses, die er durch den besagten Verzicht erhält, dem Mieter nur vorteilhaft. Daß andererseits bei einer Wohnungsnot die Grundeigentümer in der Möglichkeit jener Vereinbarung ein Mittel zur Auftreibung des Mietzinses besitzen, kann u. E. nicht ausschlaggebend für die Frage sein, ob unter allen Umständen der besagten Vereinbarung die Wirksamkeit zu versagen ist. Man beachte ferner, daß das Gesetz bei andern in socialer Beziehung mindestens ebenso gewichtigen Normen des Mietrechtes, wie z. B. dem Kündigungsrecht des Mieters bei gesundheitsgefährdendem Zustande der Wohnung (§ 544), den zwingenden Charakter ausdrücklich betont hat!

Endlich sei noch darauf hingewiesen, daß im Code civil, wie der citierte Artikel 1743 ergiebt, der Satz „Heuer geht vor Kauf" ebenfalls nur dispositiv ist!

Nach dem Gesagten sind also die §§ 571 ff. als ergänzende Rechtsnorm anzusehen.

Ist aber der Satz „Kauf bricht nicht Miete" keine Mußvorschrift, kein wesentliches Erfordernis des Mietverhältnisses, so kann man logisch auch nicht aus ihm auf den dinglichen Charakter des Mietrechts schließen. Oder will man etwa folgendermaßen construieren. Der Mieter verzichtet, wenn er die besagte Vereinbarung trifft, dem Vermieter gegenüber auf einen Schutz, der ihm an sich kraft der Dinglichkeit seines Rechts zukommen würde? Ein derartiger Verzicht auf eine – wie man vom Standpunkte der Gegner doch sagen muß — *wesentliche* Wirkung des Mietrechts wäre eine recht gekünstelte Konstruktion. Daß sie gänzlich unhaltbar ist, zeigt sich wenn man ihre praktische Tragweite erwägt. In der besagten Vereinbarung würde nur dem Vermieter gegenüber der Mieter auf die Ansprüche aus §§ 571 ff. verzichten und sich zur Herausgabe an den Erwerber verpflichten können. Letzterer könnte in der Regel aus einem solchen Verzicht des Mieters gegen diesen keine Rechte herleiten. Denn ein Versprechen der Leistung an einen Dritten (den Erwerber) mit der Wirkung, daß dieser aus dem Versprechen unmittelbar berechtigt wäre (B.G.B. § 328) liegt hier im allgemeinen nicht vor. Denn wenn auch der „Dritte" im Sinne des § 328 nicht eine gleich im Vertragsschluß genau bestimmte Person zu sein braucht, so kann doch nicht jeder Beliebige der „Dritte" sein. Es muß wenigstens bei dem Abschluß des Vertrages ein Anhaltspunkt vorhanden sein, kraft dessen der Dritte bestimmt werden kann. So könnte z. B. der zur Zeit der Abgabe des Versprechens noch ungewisse Sieger einer fest bestimmten Preiskonkurrenz als „Dritter" die zu seinen Gunsten zwischen zwei Personen ausgemachte Leistung im Falle seines Sieges selbständig beanspruchen[1]. Hier ist sicher, daß eine Preiskonkurrenz stattfindet, daß eine Person siegen „Dritter" sein muß. Unbedenklich wäre es, in dem besagten Verzicht einen Vertrag zu Gunsten des Erwerbers anzunehmen in einem Falle, wo die Thatsache der Veräußerung eines Grundstücks sicher und es nur mehr ungewiß ist, wer,

[1]) vgl. Hellwig S. 215.

etwa von mehreren Reflektanten, der Käufer sein wird. Oft wird dem Vermieter daran gelegen sein, zu einer Zeit, wo es noch gänzlich ungewiß ist, ob er das Grundstück veräußern wird, eine derartige Vereinbarung mit dem Mieter zu treffen. In einem solchen Fall würde der Verzicht nur zu Gunsten des Vermieters, nicht dem „Dritten" gegenüber wirksam sein. Der Mieter könnte dem Erwerber gegenüber stets sein vor dem Eigentumsrecht entstandenes dingliches Mietrecht geltend machen. Der Erwerber könnte den Mieter nicht selbständig aus der Mietsache vertreiben. Nur der Vermieter allein könnte sich für den Dritten bei dem Mieter verwenden. Lediglich der eventuell dem Vermieter zu leistende Schadensersatz würde den Mieter vielleicht von der vollen Geltendmachung seiner Rechte gegenüber dem Erwerber zurückhalten. Einen derartigen „Schutz" wollte das Gesetz dem Mieter sicherlich nicht gewähren.

Für die Praxis ist allerdings brauchbar, auch vom Standpunkt der Dinglichkeit, die folgende von Cosack[1] erwähnte Abrede: Vermieter und Erwerber vereinbaren, daß der Satz nicht gelten soll, und der Mieter stimmt zu. Hierin kann man unbedenklich einen dem Erwerber gegenüber bindenden Verzicht des Mieters auf die Rechte aus §§ 571 ff. erblicken. Für die Zwecke des Verkehrs genügt aber die Zulässigkeit einer derartigen Vereinbarung nicht. Dem Vermieter wird es oft noch, ehe er einen Käufer für sein Grundstück in Aussicht hat, darauf ankommen, zu wissen, welche Belastungen der eventuelle Käufer zu übernehmen hat, um seine Kaufforderung danach bemessen zu können, ebenso wie der Erwerber über eine etwaige Befreiung von der Übernahme eines Mieteverhältnisses, die ihn oft erst zum endgültigen Abschlusse des Kaufs bewegen wird, unterrichtet sein muß. Das Zustandekommen eines Grundstückskaufs würde oft stark erschwert, wenn nicht ohne Zuthun des Käufers durch bloße Vereinbarung zwischen Mieter und Vermieter die Geltendmachung der Rechte aus § 571 praktisch wirksam, d. h. so, daß der Käufer in keiner Weise an das Mietverhältnis gebunden ist, ausgeschlossen werden kann. Daß diese Wirkung erzielt wird, wenn man in der

[1]) II S. 291, 1a.

Miete nur das rein persönliche Verhältnis sieht, ist klar. Dagegen hat, wie wir gesehen haben, ein derartiger Verzicht vom Standpunkte der Dinglichkeit diesen Erfolg nicht.

Dieselben Erwägungen wie sie hier für den Fall der Veräußerung geschildert sind, treffen auch dann zu, wenn die Mietsache mit einem den Mietgebrauch beeinträchtigenden Rechte eines Dritten belastet wird und der Mieter sich dem Vermieter gegenüber zur Duldung dieses Rechts verpflichtet, also auf den ihm gemäß § 577 zustehenden Schutz verzichtet hat.

Man könnte auf den Ausweg verfallen und sagen: Der Mieter hat im Falle des besagten Verzichts nicht blos auf einen einzelnen ihm kraft seines dinglichen Rechts zustehenden Anspruch, sondern auf die Dinglichkeit seines Rechts überhaupt verzichtet. Er erhält dann die Gebrauchsbefugnis nur in Gestalt eines obligatorischen Rechts. Durch eine solche Konstruktion wäre das Kunststück fertig gebracht, daß die Parteien ein an sich dingliches Recht zu einem — abgesehen von der Ausschließung des Satzes „Kauf bricht nicht Miete“ — im übrigen den gleichen Regeln unterliegenden obligatorischen Rechte, lediglich durch die besagte Vereinbarung ummodeln könnten. Daß eine solche Konstruktion sich nicht mit dem vom Gesetz streng innegehaltenen Gegensatz zwischen dinglichen und persönlichen Rechten verträgt, liegt auf der Hand. Will das Gesetz, wie erörtert, den Beteiligten nicht gestatten, jedem beliebigen auf eine Sache sich beziehenden Rechte den Charakter eines dinglichen zu verleihen, so kann es ebenso wenig zulassen, daß ein vom Gesetz als dinglich anerkanntes Recht durch Vereinbarung zweier Personen zu einem obligatorischen Rechte gestempelt werde.

Sind wir bisher von der Ansicht ausgegangen, daß der Satz „Kauf bricht nicht Miete“ im B.G.B. nur dispositiv sei, so wollen wir jetzt zeigen, daß auch, wenn man den Satz seiner socialen Bedeutung gemäß als Mußvorschrift betrachtet, gleichwohl die Miete nur ein obligatorisches Recht sein kann.

γ) Fassen wir einmal die rein positive Bedeutung des Satzes ins Auge, insbesondere den Hauptanwendungsfall des § 571 Abs. 1. Hiernach braucht bei einer Veräußerung der

Mieter des gemieteten Grundstücks, sofern es ihm nur von dem Vermieter „überlassen" war, dem Erwerber nicht zu weichen. Letzterer tritt für die Zeit seines Eigentums kraft Gesetzes in die sich aus dem Mieteverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten des Vermieters ein, insbesondere ist er also verpflichtet, den Mieter in dem vertraglich bestimmten Gebrauch der Mietsache zu belassen und diesen Gebrauch selber nach Kräften zu ermöglichen.[1]

Der § 571 begreift also den Fall, daß das Grundstück während der Dauer des Mieteverhältnisses in das Eigentum eines Dritten nach der in den §§ 925, 873 bestimmten Art übergegangen ist. Das Rechtsgeschäft, welches diesem Eigentumsübergang zu Grunde liegt, ist gleichgültig; der Einfachheit halber wollen wir nur von dem Hauptfall der Veräußerung, dem Kauf sprechen. Den Schutz des § 571 genießt aber der Mieter nicht sofort mit dem Abschluß des Mietvertrages, sondern nur dann, wenn er, und zwar vor dem Eigentumsübergang, von dem Vermieter in den Besitz der Sache gesetzt worden, wenn ihm diese „überlassen" ist. Nicht notwendig dagegen für den Schutz des § 571 ist es, daß der Mieter zur Zeit des Eigentumsübergangs noch im Besitz ist[2]. Auch dann, wenn der Vermieter inzwischen von dem Mieter selber den Besitz der Mietsache wieder erlangt hat, ist nicht, wie manche meinen[3], immer der Mieter schutzlos. Nur dann, wenn festgestellt ist, daß der Mieter auf seine durch die Überlassung erworbenen Rechte verzichtet hat, kann der Erwerber die mietfreie Herausgabe der Sache verlangen?[4]

---

[1]) Analoges wie für die Veräußerung gilt auch für die Belastung der Mietsache mit dem Rechte eines Dritten. § 577 bestimmt, daß derjenige, der nach der Überlassung des Grundstücks an diesem ein Recht, etwa den Nießbrauch, erwirkt, dieses Recht nicht so ausüben darf, daß hierdurch der Mieter in dem ihm zukommenden Gebrauch der Sache beeinträchtigt wird.

[2]) Dies behaupten Fuld S. 208; Meisner zu § 571 N. 2; Hellwig S. 424; für die hier dargelegte Ansicht Crome S. 34; Borcherdt S. 99; Oertmann zu § 571 N. 1; Planck zu § 571 N. 2; Mittelstein S. 269, 270.

[3]) so Planck l. c.

[4]) vgl. Mittelstein l. c. Die gesetzgeberische ratio des Erfordernisses des Überlassens wird später erörtert werden.

Unter den besagten Voraussetzungen tritt also kraft gesetzlicher Vorschrift der Erwerber in die sich aus dem Mieteverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten des Vermieters während der Dauer seines Eigentums ein. Er ist verpflichtet, den Mieter in dem durch den Mietvertrag bestimmten Gebrauch der Sache zu belassen und den Gebrauch für die Dauer seines, des Erwerbers, Eigentums zu gewährleisten.

Mit Recht weist Crome darauf hin, daß die Vorschriften der § 571 ff. nach den Äußerungen der Kommissionsprotokolle eine Anomalie im Systeme des Gesetzes seien, daß man aber von einer solchen nicht reden könne, wenn die Miete als dingliches Recht gelte. Denn als solches müsse die Miete wie gegen jeden minderberechtigten Dritten, so auch gegen den Singularsuccessor des Vermieters seiner inneren Natur nach ohne weiteres wirksam sein.[1] Es liegt in dem Wesen des dinglichen Rechts, daß es principiell Ansprüche gegen jedermann verleiht, dessen Recht später entsteht, Ansprüche auf Duldung und Unterlassung jeglicher Beeinträchtigung. Werden an einer Sache, sei es eine bewegliche oder eine unbewegliche, mehrere dingliche Rechte begründet, so geht in der Regel das ältere dem jüngeren vor. Ein Recht an einem Grundstück ist mit der Eintragung begründet, und bestimmt sich daher das Rangverhältnis bei mehreren an einem Grundstück bestehenden Rechten nach der Zeit der Eintragung (B.G.B. § 879); das später eingetragene Recht kann insoweit nicht geltend gemacht werden, als es dem früheren entgegensteht. Allerdings können die Beteiligten die Rangordnung durch Rechtsgeschäft und Eintragung eines Rangvermerks ändern.[2]

Ein nicht eintragungsfähiges dingliches Recht würde nach Ansicht Cosacks prinzipiell seinen Rang vom Tage

[1]) vgl. Reatz I S. 272, Crome S. 25, ebenso Wäntig S. 21.

[2]) vgl. B.G.B. §§ 879 Abs. 3, 880, 881 Kraft Gesetzes werden Ausnahmen von dem besagten Grundsatz gemacht in folgenden Fällen: Nach § 914 Abs. 1 geht das Rentenrecht des zur Duldung des Überbaus — Analoges gilt nach § 917 für den Notweg — Verpflichteten allen an dem Grundstück bestehenden Rechten vor. Ebenso haben nach § 1131 S. 2 an einem Grundstück bestehende Rechte im Falle der Zuschreibung dieses Grundstücks zu einem andern (§ 890 Abs. 2) den Vorrang vor den an letzterem bestellten Hypotheken.

der Begründung datieren.[1] Wir schließen uns dieser Ansicht an und folgern hieraus, daß die Miete als nicht eintragungsfähiges dingliches Recht ihren Rang vor etwaigen späteren dinglichen an der Sache bestellten Rechten einnehmen müßte, vorausgesetzt, daß diese Rechte nach der Überlassung der Mietsache an den Mieter, — hiermit würde nach der Ansicht Cosacks die „Begründung" vollendet sein —, bestellt sind. Demnach ergäbe sich für den Fall der Veräußerung oder der Belastung der Mietsache aus dem Vorrang des dinglichen Mietrechts ipso jure, daß der Dritte, der nach der Überlassung das Eigentum bezw. ein anderes dingliches Recht erwirbt, das dingliche Mietrecht gegen sich gelten lassen, sich insofern der Ausübung seines Rechts enthalten müßte, als es die Gebrauchsbefugnis des Mieters beeinträchtigen würde. Das Mietrecht wäre eine Belastung, die ipso jure der neue Eigentümer zu übernehmen hätte. Es würde also in dem § 571 nicht nur keine Anomalie, sondern etwas Selbstverständliches liegen. Wozu bedarf es ferner bei einer dinglichen Konstruktion des Mietrechts noch der Vorschrift des § 577? Der Nießbraucher eines vermieteten Grundstücks, der doch nach § 1047 die privatrechtlichen zur Zeit der Bestellung des Nießbrauchs auf dem Grundstück ruhenden Lasten zu tragen hat, wäre doch schon kraft eben dieser Bestimmung verpflichtet, das Mietrecht als ein dingliches vor dem Nießbrauch begründetes Recht nicht zu beeinträchtigen. Das Gesetz hätte, wenn es auf dem Standpunkt der Dinglichkeit des Mietrechts gestanden hätte, hier einen groben Pleonasmus begangen. Einen solchen wird man dem Gesetz nicht zutrauen können, man wird vielmehr aus der Thatsache, daß das Gesetz es für nötig gehalten hat, den Eintritt des neuen Eigentümers bezw. des dinglich berechtigten Dritten in das Mieteverhältnis durch eine besondere Bestimmung auszusprechen, auf den obligatorischen Charakter des Mietrechts schließen müssen. Einen Beleg für die letzterwähnte Ansicht bietet die Entwickelung des preußischen Mietrechts. Während für die Zeit vor der Geltung des Allgemeinen Landrechts durch das angeführte Hofreskript Friedrichs des Großen aus-

[1]) vergl. Cosack II S. 30.

drücklich betont wurde, daß der Erwerber eines vermieteten Grundstücks in die Rechte und Pflichten des Vermieters unter bestimmten Voraussetzungen eintreten solle, giebt es eine solche Vorschrift im Allgemeinen Landrecht nicht mehr. Hier werden überhaupt nicht die Wirkungen der Veräußerung auf ein bestehendes Mietverhältnis besonders hervorgehoben, sondern A.L.R. I 21, § 358 besagt einfach, „Rechte und Pflichten des Mieters erleiden im Falle einer Veräußerung der Mietsache keine Änderung". Ist also dem Mieter die Sache überlassen und damit sein Mietrecht ein dingliches geworden, so ergiebt sich als selbstverständlich und bedarf es daher keiner diesbezüglichen Vorschrift, daß der Erwerber die Rechte und Pflichten aus dem Mietverhältnis zu übernehmen hat. Dieser Eintritt des Dritten ist eine natürliche Folge des Eigentumserwerbs.[1]

Vergleichen wir hiermit die Regelung des Code civil! Hier ist, wie zur Zeit des Hofreskripts im preußischen Recht, die Miete obligatorisch. Wie in dem Reskripte, so wird auch hier ausdrücklich in dem citierten Art. 1743 bestimmt, daß bei Veräußerung der Mietsache der Dritte unter gewissen Voraussetzungen in Rechte und Pflichten des Vermieters eintritt.

δ. Wir haben bisher bei der Erörterung der Veräußerung der Mietsache nur den Fall betrachtet, wo die Mietsache dem Mieter zur Zeit der Veräußerung überlassen war. Nun findet gemäß § 578 der Mieter den Schutz der §§ 571 Abs. 1, 577 auch dann, wenn er den Besitz der Sache noch nicht erworben hatte, sofern nur der Erwerber dem Vermieter gegenüber die Erfüllung der sich aus dem Mietverhältnis ergebenden Verpflichtungen übernommen hat. Wie diese Übernahme juristisch zu konstruieren sei, kann hier dahin gestellt bleiben. Wir stimmen Cosack völlig bei, wenn er in jener Vereinbarung eine Änderung der Forderungsrechte, d. h. der sich aus dem Mietvertrag ergebenden Rechte und Verbindlichkeiten, auf obligatorischem Wege sieht.[2] Uns kommt es hier nur darauf an, festzu-

[1]) vgl. Träger, S. 83—86. War das Mietrecht bei dem Eigentumsübergang nicht dinglich, so war der Mieter auch nach A.L.R. dem Erwerber gegenüber schutzlos.

[2]) Cosack II S. 293.

stellen, daß nach jener Bestimmung dem noch nicht in den Besitz gekommenen Mieter wesentlich derselbe Schutz gewährt wird „unter Umständen die nicht einmal den Schein der Dinglichkeit aufkommen lassen".[1] Ohne Grund meint Cosack[2], daß hier nur teilweise die Wirkungen der §§ 571 ff. eintreten, so z. B. fände § 579 keine Anwendung. Aus den Worten „gilt das Gleiche wie in den Fällen des § 571 Abs. 1 und des § 577" ist u. E. zu entnehmen, daß das Gesetz die Geltung des § 571 Abs. 1 und der §§ 572—579 in vollem Umfange statuieren wollte.[3] Der Schutz des Mieters bei Veräußerung ist also in dem einen Falle an die einmal erfolgte Besitzeinräumung, im andern an die Übernahme der Verpflichtungen seitens des Erwerbers geknüpft. Daß im Falle des § 578 die Bürgenhaftung des bisherigen Vermieters nicht stattfindet, ist hier nicht von Belang. Dem Erwerber gegenüber hat der Mieter die gleichen Rechte, wie der in den Besitz gekommene.

2. Sehen wir also auch hier, daß jener „Schluß" Cosacks nicht begründet ist, daß der Schutz, den die §§ 571 ff. dem Mieter gewähren, keineswegs ein dingliches Recht zur Voraussetzung hat, so wollen wir nun ein abschließendes Urteil über die juristische Natur des Mietrechts und der hiermit zu vereinbarenden Konstruktion des Satzes „Kauf bricht nicht Miete" zu geben versuchen.

Wir schließen uns der herrschenden Theorie an, und sehen in der Befugnis des Mieters zum Gebrauch lediglich ein persönliches, sich nur auf das Schuldverhältnis zwischen Mieter und Vermieter stützendes Recht, mag es sich um eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache handeln. Der Mieter hat in Bezug auf den Gebrauch der Sache im wesentlichen die gleichen Befugnisse wie der Entleiher (§ 598); nur kann anders als die Leihe, innerhalb der Schranken der §§ 571 ff., die Miete auch gegen bestimmte dritte Personen wirken.[4] Gleichgiltig ist für die juristische

---

[1]) Crome S. 39.

[2]) Cosack l. c.

[3]) Ebenso Oertmann zu § 578 N. 1; Fuld S. 227; Mittelstein S. 295.

[4]) Irrelevant ist für uns hier, wo es sich nur um die Befugnis zum Gebrauch, um das Recht in Bezug auf die Sache handelt, die

Natur des Mietrechts, ob die Sache dem Mieter überlassen ist oder nicht. Mit der Überlassung erwirbt der Mieter freilich den Besitz und somit besondere Besitzansprüche, welche man als Ausfluß eines dinglichen Besitzrechts betrachten mag, welche aber mit dem Mietrecht als solchem nichts zu thun haben. Mit dieser Auffassung steht völlig im Einklang der Satz Kauf bricht nicht Miete, dessen Konstruktion in den Grundzügen in folgendem angegeben werden soll. Wir nehmen als Regel den Fall der Veräußerung (§ 571). Mit dem Augenblicke des Eigentumsübergangs gehen kraft Gesetzes die Rechte und Pflichten des Vermieters auf den Erwerber über, vorausgesetzt, daß vor diesem Zeitpunkt das Grundstück dem Mieter überlassen ist. Wenn das Gesetz nicht jeden Mieter, sondern nur denjenigen, dem schon die Mietsache überlassen war, schützt, so rechtfertigt dies die Denkschrift, indem sie sagt, es sei mit Rücksicht auf die Verkehrssicherheit unvereinbar, wenn dem Erwerber die Pflicht auferlegt würde, einen Mietvertrag innezuhalten, dessen Bestehen ihm nicht erkennbar ist; die Erkennbarkeit sei nicht eher gesichert, als bis der Mieter sich im Besitze der Mietsache befände.[1] Es sind dies dieselben Erwägungen, wie sie auch schon in der Kritik des Entwurfs I laut wurden.[2] Die Benachteiligung, die ein noch nicht in den Besitz gelangter Mieter dadurch erleidet, daß infolge der Veräußerung des Grundstücks der Vertrag nicht erfüllt wird, ist nach Ansicht der Denkschrift nicht erheblich. Was den letzteren Punkt anlangt, so kann man über die Richtigkeit desselben streiten. Es giebt manche Fälle, wo auch bei nicht erfolgter Überlassung ein erhebliches Interesse des Mieters an der Fortdauer des Vertrages besteht.[3] Stichhaltig dagegen erscheint der andere Gesichtspunkt, das Miet-

Verschiedenheit der persönlichen Verpflichtungen des Vermieters und des Verleihers gegenüber dem andern Contrahenten. Der Vermieter muß den Gebrauch „gewähren". Hierin liegt ein positives Thun gerichtet auf Beschaffung des Gebrauchs. Der Verleiher hat dem Entleiher nur die Sache zum Gebrauch zu „überlassen". Eine positive Leistung liegt ihm nicht ob, er darf nur den Entleiher in dem Gebrauch der geliehenen Sache nicht hindern, vgl. Motive II S. 369.

[1]) vgl. Denkschrift, S. 77,

[2]) so Eck, Gutachten S. 246; Fischer S. 441.

[3]) Mittelstein S. 267.

verhältnis dem Dritten erkennbar zu machen. Es fragt sich eben nur, ob dieser Zweck erreicht wird durch Erfordernis des bloßen Überlassens der Mietsache. Natürlich beabsichtigte der Gesetzgeber hier nicht eine Erkennbarkeit des Mietverhältnisses für jeden Dritten, eine Publicität, wie sie sonst für Immobiliarrechte nur die Eintragung ins Grundbuch, für Rechte an Mobilien nur der Besitz der betreffenden Sache schaffen. Eine solche Publicität würde, wie erörtert, für ein Mietrecht an Grundstücken selbst dann nicht erzielt, wenn der Mieter auch im wirklichen Besitz der Mietsache ist. Es genügt, wenn der Dritte der die Verpflichtungen des Vermieters übernehmen soll, weiß, daß das Grundstück vermietet ist. Die näheren Bedingungen des Vertrages wird er schon anderweitig erfahren (der Käufer auf Grund der Verpflichtung des verkaufenden Vermieters aus § 444, ferner durch die Vorschrift des § 566). Freilich nützt dem Dritten der Umstand, daß der Mieter einmal in den Besitz der Sache gekommen ist, nur dann, wenn zur Zeit des Eigentumsübergangs der Mieter auch thatsächlich noch besitzt. Nur so kann der neue Erwerber merken, daß ein Mietvertrag besteht.[1] Nach dem klaren Wortlaut begnügt sich aber, wie erwähnt, das Gesetz mit dem bloßen „Überlassen". Mag man auch in der zweiten Kommission hierbei vermutlich beeinflußt worden sein durch das preußische A.L.R., nach welchem ja mit der Überlassung das Mietrecht dinglich wurde, mag man auch von dem Grundsatz „Heuer geht vor Kauf" als einer Grundstücksbelastung gesprochen haben, so zeigt doch die angeführte Äußerung der Materialien, es liege hier eine Anomalie vor, daß diese Konstruktion einer Belastung nicht Gesetz werden sollte. Möglicherweise hat sich der Gesetzgeber nur versehen, wenn er nur die „Überlassung" und nicht den Besitz forderte. Für diese Vermutung spricht der Umstand, daß die Denkschrift bei der Erörterung des § 571

---

[1]) Ebenso Mittelstein S. 267/268.

a. A. Crome, S. 35. Natürlich wird der besagte Zweck auch erreicht, wenn der Mieter die Sache zur fraglichen Zeit an einen Dritten in Untermiete gegeben hat und dieser Untermieter den unmittelbaren Besitz (vgl. § 868) ausübt, der Mieter also mittelbar besitzt.

nur von dem „Besitz“ des Mieters nicht von der „Überlassung“ redet.[1]

In dem § 571 wird kraft Gesetzes der Eintritt des Erwerbers bestimmt. Es handelt sich hier nicht um eine Übertragung der Forderungsrechte des Vermieters im Sinne des § 412 und eine Schuldübernahme, eine Übernahme der Vermieterpflichten nach § 414. Der Erwerber genießt nicht nur die schon bestehenden Forderungsrechte, sondern auch sämmtliche sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Forderungsrechte sowie die während dieser Zeit entstehenden Kannrechte, z. B. die Befugnis, dem Mieter zu kündigen, ihm die Untervermietung zu untersagen. Andererseits gehen nicht alle Pflichten des Vermieters auf den Erwerber über, sondern nur diejenigen, welche während der Dauer des Eigentums des Erwerbers, aus dem Mietverhältnis entspringen.[2] Von dem Augenblick des Eigentumsübergangs ist in erster Linie der Erwerber derjenige, der dem Mieter zur Gewährung des Gebrauchs in dem Umfang und dem Maße, wie es in dem Mietvertrag vereinbart war, verpflichtet ist. Demgemäß hat der Mieter gegen den neuen Erwerber eine selbständige Klage auf Gewährung des Gebrauchs. Gelingt es, dem Erwerber ohne einen Gewaltakt, welche ja dem Mieter die Besitzklage aus § 861 ermöglichen würde, sich in den Besitz der Sache zu setzen, so kann der Mieter gegen ihn aus § 571 auf Wiedereinräumung der Mietsache klagen. Es war sicherlich nicht die Meinung des Gesetzes, daß in einem solchen Falle der Mieter seine Rechte gegenüber dem Erwerber nur einredeweise sollte wahren können.[3] Man vergleiche einmal den § 571 mit dem § 986 Abs. 2! Hier wird dem dinglich oder obligatorisch an einer beweglichen Sache Berechtigten, sofern er nur im unmittelbaren Besitz der betreffenden Sache ist, die Befugnis gegeben, dem nach § 931 Eigentümer Gewordenen „Einwendungen“ entgegenzusetzen, welche ihm, dem Besitzenden, gegen den abgetretenen Anspruch zustehen. Hätte das Gesetz den Grundstücksmieter im Falle

[1]) Mittelstein, l. c.; vgl. die Denkschrift S. 77.
[2]) vgl. Wäntig S. 16; 17.
[3]) Dies behauptet Hellwig S. 423.

der Veräußerung gegenüber dem neuen Erwerber nur einen defensiven Schutz zubilligen wollen, so hätte es im § 571 eine ähnliche Wendung für die Befugnisse des Mieters gebraucht, aber nicht von einem Eintritt des Erwerbers in die Verpflichtungen des Vermieters gesprochen.

Nach dem Wortlaut des § 571 tritt der Erwerber „an Stelle des Vermieters" in die Rechte und Pflichten ein. Hiermit ist aber nicht gesagt, daß der Vermieter in dem Moment des Eigentumsübergangs völlig aus dem Schuldverhältnisse ausscheide, daß an seine Stelle der Erwerber in den Mietvertrag eintrete.[1] Gemäß der Bestimmung des Abs. 2 haftet der Vermieter nicht „als", sondern „wie" „ein Bürge" für die Erfüllung der Pflichten des Erwerbers, und zwar wie ein Bürge, der auf die Einrede der Vorausklage (§ 771) verzichtet hat. Von dieser Haftung kann der Vermieter sich nur befreien, wenn er den Eigentumswechsel dem Mieter mitteilt und letzterer gleichwohl nicht zu dem ersten zulässigen Termin kündigt. Bis zu diesem Zeitpunkt ist also der Vermieter mit dem Erwerber solidarisch als Schuldner dem Mieter haftbar. Seine Haftung ist keine Bürgschaft, sie ist dieser nur ähnlich. Natürlich können Erwerber und Mieter den Mietvertrag ändern, ihn neu schließen. Dann gilt der Erwerber als Vermieter im Sinne des Gesetzes und der bisherige Vermieter wird von seiner Haftung frei.

Diese die Wirkung des Eigentumsübergangs auf das Mietverhältnis regelnden Bestimmungen finden gemäß § 577 S. 1 entsprechende Anwendung für den Fall, wenn das Grundstück mit dem Recht eines Dritten belastet und durch die Ausübung dieses Rechts seitens des Dritten dem Mieter der vertragsmäßige Gebrauch entzogen wird. Hier tritt der Dritte in die Rechte des Vermieters nur dann ein, wenn sie ihm als Früchte seines Rechts gebühren, wie z. B. einem Erbbauberechtigten oder einem Nießbraucher. Andrerseits wird hier, wenn auch zunächst der Dritte zur Erfüllung des Mietsvertrages dem Mieter gegenüber verpflichtet ist, der Vermieter nicht nach Maßgabe des § 571 Abs. 2 frei

[1]) so Crome S. 36, 37.

Seine Haftung ist größer als die eines Vermieters, der das Grundstück veräußert hat.

Im Falle des § 577 S. 2, wo nur ein den Mietgebrauch beschränkendes Recht vorliegt, gehen keine Rechte und Pflichten des Vermieters auf den Dritten über; der Mieter hat nur einen Anspruch gegen den Dritten auf Unterlassung einer Beeinträchtigung des Mietgebrauchs.[1]

Dieser in den §§ 571, 577 bestimmte gesetzliche Eintritt des Dritten in Rechte und Pflichten des Vermieters, welchen Grundsatz man landläufig mit dem Ausdruck „Kauf bricht nicht Miete" bezeichnet, ist in der bisherigen Litteratur von denjenigen, die für die obligatorische Natur der Mieter sich entschieden haben, auf zweierlei Art konstruiert worden.

Die einen betrachten die Miete als eine Real- oder Zustandsobligation, als ein mit dem jeweiligen Eigentum am Grundstück verbundenes Schuldverhältnis. Nach dieser Theorie besteht eine „gewisse Gebundenheit der Sache in das Schuldverhältnis"; letzteres wirkt im Verhältnis zu dem Erwerber „nach der Analogie einer dinglichen Belastung"[2]

Bei dieser Auffassung liegt der Versuch nahe, die Miete mit einer Reallast (B.G.B. § 1105) zu vergleichen. So sagt dann auch Crome, das Gesetz habe an der „der obligatorischen Seite des Verhältnisses gegebenen deutsch-rechtlichen Gestaltung" festgehalten und nur das mit der Reallast am Grundstück verbundene dingliche Recht unterdrückt.[3]

Dieser Auffassung gegenüber steht die andere den obligatorischen Charakter der Miete schärfer betonende Konstruktion, wonach in den §§ 571 ff. ein im Augenblick des Eigentumsübergangs bezw. des Rechtserwerbs erfolgender

---

[1]) vgl. für das Vorstehende Mittelstein S. 297, 298.

[2]) so Schollmeyer S. 51, 52, Crome S. 28–31, Planck II S. 319, Oertmann S. 292, 293, 294, auch Endemann I 749, 750, 760. Nach Endemann wird „durch den Erwerb des Eigentums die Sondernachfolge in das obligatorische Mietverhältnis dinglich vermittelt."

Ähnlich meint Scherer S. 770, daß, „insoweit als die §§ 571 bis 579 in Betracht kommen", der dingliche Charakter der Miete in „beschränktem Maße" anzuerkennen sei, und Kuhlenbeck II S. 306 Nr. 2 daß das Mietverhältnis „dinglich wirksam" werde.

[3]) Crome l. c. Auch in der zweiten Kommission hat man in den §§ 571 ff. eine den deutsch-rechtlichen Reallasten ähnliche Belastung des Grundstücks erblickt, vgl. Protokolle S. 1876.

accessorischer Eintritt des Dritten in das Schuldverhältnis, ein beschränkter Übergang des Schuldverhältnisses bestimmt wird.[1] Diese letzterwähnte Ansicht erscheint uns als die richtige.

Es sei zunächst auf das Bedenkliche eines Vergleichs der Miete und der Reallast hingewiesen!

Von den durch eine Reallast für den jeweiligen Grundstückseigentümer begründeten Verpflichtungen unterscheiden sich die Pflichten des Vermieters bezw. des Erwerbers, abgesehen von dem Fortfall einer Eintragung des Mietrechts und dem dispositiven Charakter des § 571, in folgenden Punkten: Einmal hinsichtlich des Inhalts der Verpflichtung. Bei der Reallast wird der Eigentümer zu wiederkehrenden Leistungen verpflichtet (§ 1105). Hierin ist ausgesprochen, daß es sich um positive Leistungen handelt, die zwar auf unbestimmte Zeit, aber in regelmäßigen Terminen erfolgen. Die Leistung kann nicht in einem einmaligen oder fortdauernden Thun bestehen, ebensowenig in einem bloßen negativen Verhalten des Verpflichteten. Bei der Miete ist aber nur eine einmalige, bis zur Beendigung des Vertrages fortdauernde Pflicht des Vermieters, den Gebrauch zu gewähren, vorhanden. Hierin liegt, wie erörtert, die Pflicht zu einer positiven Leistung, der Vermieter muß sich selbst darum bemühen, dem Mieter den Besitz der Sache zu verschaffen. Hat er dies gethan, so hat er den wesentlichen Teil seiner Verbindlichkeiten erfüllt. Er bleibt zwar an sich verpflichtet, die Sache in einem den vertragsmäßigen Gebrauch ermöglichenden Zustande zu erhalten, eventuell die Mietsache reparieren zu lassen, also noch positive Leistungen vorzunehmen. Diese letzteren sind aber keine regelmäßig wiederkehrenden und keine Essentialien der Miete. Eine Vereinbarung wonach der Mieter die nötigen Reparaturen der Mietsache übernimmt, ist durchaus zulässig. Seinem Wesen nach besteht also die Verpflichtung des Vermieters nur in einer einmaligen positiven Leistung. Hieran schließt sich an seine und seiner Rechtsnachfolger Verbindlichkeit, den Mietgebrauch zu dulden. Außer in dem Inhalt der Leistung zeigt sich ferner ein Unterschied in der

[1]) Matthiaß I S. 559, Hellwig S. 428 - 431, 441, Windscheid II S. 684. Ähnlich auch Rönnberg S. 79—81.

Art und Weise, wie der Vermieter bezw. der Erwerber einerseits, der Reallastverpflichtete andererseits dem Berechtigten für die Erfüllung haften. Die Haftung des Reallastverpflichteten ist nicht, wie Crome[1] irrtümlich annimmt, auf das belastete Grundstück beschränkt. Er haftet gemäß § 1108 für die während der Dauer seines Eigentums fälligen Leistungen, soweit nichts gegenteiliges vereinbart ist, auch persönlich, d. h. die Haftung aus dem Grundstück ist wesentlich, und in der Regel ist auch der jeweilige Verpflichtete persönlich haftbar. Vermieter und Erwerber haften aber dem Mieter nur persönlich. Allerdings haftet der Vermieter insoweit aus dem Grundstück, als er dem Mieter den Gebrauch desselben gestatten muß. Der Unterschied ist der: Der Reallastgläubiger kann sich wie der Hypothekengläubiger als dinglich Berechtigter aus dem besagten Grundstück für die Forderung an den jeweiligen Eigentümer befriedigen. Der Mieter dagegen hat für seine persönlichen Ansprüche auf Gewährung des Gebrauchs, Schadensersatz ꝛc. gegen den Vermieter eine solche Befriedigung aus dem Grundstück nicht zu beanspruchen. Bei der Zwangsvollstreckung haftet das vermietete Grundstück natürlich wie das übrige Vermögen des Vermieters dem Mieter für seine Forderung.[2] Jedoch gehen die Forderungen derjenigen, welche ein dingliches Recht an dem Grundstück haben, so auch der Reallastgläubiger, dem Rechte des Mieters vor.[3]

Nach dem Gesagten können wir somit eine Ähnlichkeit des Mietrechts und der Reallast nicht anerkennen. Auch müssen wir mit Rücksicht auf die Verschiedenheit des Rechtsinhaltes Crome widersprechen wenn er meint, daß in den §§ 571 ff. für die Miete an der obligatorischen Seite der Reallast festgehalten sei. Näher liegt es mit Cosack[4] das Mietrecht mit einer Dienstbarkeit, etwa der im § 1093 geregelten Wohnungsberechtigung zu vergleichen. Der wesentliche Unterschied liegt aber gerade darin, daß diese Gerechtigkeit ein Buchrecht dinglichen Charakters ist und begrifflich

---

[1]) S. 41.

[2]) unbeschadet der zu erwähnenden Bestimmung des § 57 des Reichszwangsversteigerungsgesetzes vom 24. III 97.

[3]) vgl. § 10 Nr. 4—5 des R.Zw.Ges.

[4]) II S. 286.

nur an Grundstücken oder Gebäuden bestellt werden kann, zwei Momente, welche dem Mietrecht fehlen.

Ein ferneres Bedenken gegen die Konstruktion der Miete als einer Zustandsobligation liegt in der Bestimmung des § 571 Abs. 2. Es scheidet hiernach mit dem Eigentumsübergang, wie oben erörtert, der Vermieter nicht völlig aus dem Schuldverhältnis aus, er bleibt vielmehr neben dem Erwerber bis zu dem im Satz 2 des Absatzes bestimmten Zeitpunkt Schuldner. Ja sogar dann, wenn der Erwerber das Grundstück weiter veräußert, haftet der ursprüngliche Vermieter gemäß § 579 S. 2 noch für die Erfüllung der Mietverbindlichkeiten durch den neuen Erwerber sofern nicht die Voraussetzungen des § 571 Abs. 2 Satz 2 eingetreten sind.[1] Es ist demnach nicht richtig, daß sich das Mietschuldverhältnis schlechthin an das Eigentum des Grundstücks knüpft.

Auch paßt diese Konstruktion nicht für den Fall des § 577.[2] Der mehr oder minder beschränkte Eintritt des Dritten in Rechte und Verbindlichkeiten des Mieters erfolgt hier mit dem Erwerb des dinglichen Rechts seitens des Dritten, während der Eigentümer, insoweit der Dritte für ihn eintritt, aus dem Mietverhältnis ausscheidet.

Endlich ist u. E. die Ausdrucksweise, daß in „beschränktem Maße" der dingliche Charakter der Miete anzuerkennen sei, daß sie innerhalb der Grenzen der §§ 571 ff. dinglich wirksam sein könne in sich widerspruchsvoll. Nach dem zu Beginn dieser Arbeit über den Begriff der Dinglichkeit dargelegten muß jedes dingliche Recht absolut sein, d. h. grundsätzlich gegen *jeden* Dritten wirken. Ein gegen *gewisse* Dritte wirkendes dingliches Recht ist also begrifflich unmöglich.

Wir kommen somit zu dem Resultat, daß der Satz „Kauf bricht nicht Miete" im B.G.B. in keiner Weise den rein persönlichen Charakter der Miete berührt. Es tritt kraft jenes Satzes nur ein beschränkter Übergang des Schuldverhältnisses auf den Dritten ein, und zwar nur für den Fall, wo keine gegenteilige Vereinbarung in dem Mietvertrage getroffen ist.

[1] vgl. Matthiaß I S. 559, Rönnberg S. 79—81.

[2] vgl. Matthiaß, Rönnberg l. c.

Freilich ist die Thatsache, daß das rein persönliche Recht des Mieters das dingliche Recht des Erwerbers verdrängen kann, eine Ausnahme, eine Anomalie im System des Gesetzes; denn aus einem Schuldverhältnis können principiell nur Rechte und Pflichten für die Kontrahenten selber hervorgehen. Es wird hier jedoch der auch sonst im Reichsrechte verwertete Gedanke angewandt, daß unter gewissen Voraussetzungen eine Verpflichtung auf einem Vermögensgegenstande ruht und daß dessen Erwerber in jene Verpflichtung accessorisch eintritt.[1] So tritt nach § 436 H.G.B. der in dem Frachtbrief bezeichnete Empfänger mit dem Moment, wo er das Frachtgut und den Brief annimmt, kraft Gesetzes ein in die obligatorische Verpflichtung des Absenders aus dem Frachtvertrage, in die Pflicht, dem Frachtführer nach Maßgabe des Frachtbriefes Zahlung zu leisten. Wie der bisherige Vermieter dem Mieter nach § 571 Abs. 2, so bleibt der Absender auch dem Frachtführer neben dem Empfänger für seine Forderung haftbar.

Doch lassen sich auch im B.G.B. Analogien finden: Bei dem Institut der Gemeinschaft zur gesamten Hand (Gesellschaft nach § 705, eheliche Gütergemeinschaft nach § 1438) können die Gemeinschafter ihrem principiell rein obligatorischen Verhältnisse gewisse Wirkungen gegen Dritte verleihen, so können sie zum Beispiel die Teilung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes auch mit Wirkung gegen die Sondernachfolger ausschließen (vgl. § 731, S. 2, 751). Ähnliches gilt bei der Gemeinschaft nach Bruchteilen (§§ 741 ff.) Hier wirkt die Regelung der Verwaltung und Benutzung eines zu der Gemeinschaft gehörigen Objekts auch Dritten gegenüber (§ 746), ebenso die Ausschließung bezw. Modificierung des Rechtes auf Aufhebung der Gemeinschaft (§ 751).[2] Allerdings bedürfen derartige Beschränkungen, die sich die Gemeinschafter auferlegen, soweit sie Miteigentum eines Grundstücks betreffen, zur Wirksamkeit gegen ihre Sondernachfolger der Eintragung ins Grundbuch (§ 1010).

Der Satz „Kauf bricht nicht Miete" gilt, wie erörtert, nur für die Miete von Grundstücken, denen gemäß §§ 580

[1]) so Hellwig S. 441.

[2]) vgl. Crome S. 31; Oertmann zu § 746 Nr. 2.

Wohn- und andere Räume gleichgestellt sind. Für die Miete von beweglichen Sachen hat man diesen Schutz nicht für nötig gehalten, da nach allgemeinen Grundsätzen der Vermieter eine bewegliche Sache, so lange der Mieter sie besitzt, nicht einem Dritten übergeben kann. Während der Entwurf I zum Eigentumsübergang die wirkliche Übergabe der betreffenden Sache an den Erwerber forderte und daher, wenn die Sache sich nicht in der Detention des Veräußerers, sondern in der eines Dritten befand, der Eigentumsübergang von dem Willen dieses Dritten bedingt war, hat sich das Gesetz auf einen anderen Standpunkt gestellt. Gemäß § 931 genügt in dem Falle, wo nicht der Veräußerer, sondern ein Dritter Besitzer der Sache ist, zum Eigentumserwerb einfache Abtretung des Anspruchs des Veräußerers auf Herausgabe der Sache an den Erwerber. Konnte nun der dritte Besitzer dem alten Eigentümer gegen den Herausgabeanspruch Einwendungen entgegensetzen, so kann er diese auch dem neuen Erwerber gegenüber geltend machen (§ 986 Abs. 2). Diese Einwendungen des Dritten beruhen auf einem Recht zum Besitz, das sich entweder von dem Veräußerer oder von einem dem letzteren gegenüber zur Besitzüberlassung befugten mittelbaren Besitzer herleitet (§ 986 Abs. 1). Der Dritte wird geschützt kraft seines besseren Rechts zum Besitz. Nicht nur der Mieter, sondern der Leiher, der Verwahrer, sowie jeder, der zur Zeit des Eigentumsüberganges dem Veräußerer gegenüber zum Besitz der Sache befugt war[1]. Man wird daher auch nicht darauf kommen, aus der Bestimmung des § 986 auf ein dingliches Mietrecht an beweglichen Sachen zu schließen. Ein solcher Schluß würde für diejenigen, die mit uns in der Grundstücksmiete nur ein obligatorisches Verhältnis sehen, schon deshalb unmöglich sein, weil wie erörtert, die juristische Natur des Mietrechts bei Mobilien keine andere sein kann als bei Immobilen.

Der Schutz, den § 986 dem Mieter einer beweglichen Sache gegenüber dem Erwerber gewährt, mag praktisch

---

[1]) Immer muß ein „Recht" zum Besitz bei dem Dritten vorhanden sein, sei es dinglich oder obligatorisch. Unrichtig ist es u. E., wenn Crome S. 69 meint, daß auch ein Dieb diesen Schutz genießt.

ungefähr denselben Wert haben, wie der für den Immobilienmieter aus § 571 entspringende. Hinsichtlich der juristischen Konstruktion unterscheidet er sich von jenem beträchtlich. Der § 986 Abs. 2 verpflichtet den Erwerber nur dazu, den Mieter in dem ihm vom Veräußerer gewährten Gebrauch der Mietsache zu belassen. Der Erwerber tritt nicht, wie im Falle des § 571, in die aktive und passive Seite des Schuldverhältnisses ein. Sämtliche Rechte bleiben für den Vermieter bestehen, ebenso auch die Pflichten. Der Vermieter allein hat dem Mieter den Gebrauch zu „gewähren". Er allein haftet für jede Beeinträchtigung, die der Mieter nach dem Eigentumsübergang erleidet, so z. B. für zeitige Unbrauchbarkeit der Mietsache. Ferner ist zu beobachten, daß wenn der Mieter zur Zeit der Veräußerung die Sache nicht mehr besitzt, er auch dem Erwerber gegenüber nicht geschützt ist. Bei der Grundstücksmiete dagegen tritt, wie erörtert, der Erwerber in Rechte und Pflichten auch dann ein, wenn der Mieter zur Zeit des Eigentumsübergangs nicht besitzt, sofern er nur auf Grund des Mietvertrages einmal den Besitz erworben und auf das Mietrecht nicht verzichtet hat[1].

Nicht nur bei der Miete von Mobilien einerseits, Immobilien andererseits, auch bei letzteren zeigt sich eine Verschiedenheit hinsichtlich des Schutzes des Mieters bei Veräußerung der Mietsache, je nachdem es sich um eine freiwillige oder eine im Wege der Zwangsversteigerung erfolgende handelt. Wir legen freilich diesen Abweichungen für die Entscheidung der Frage nach dem Charakter des Mietrechts keine besondere Bedeutung bei. Selbst einer der ursprünglich eifrigsten Vertreter des dinglichen Mietrechts, Fischer, hat, ebenso wie Jäckel, in ihrem die Regelung der Zwangsvollstreckung in Grundstücke betreffenden, auf dem 20. deutschen Juristentage abgegebenen Gutachten, u. E. zutreffend, folgendes geltend gemacht:

---

[1]) Selbstverständlich kann durch Vertrag zwischen Erwerber und Vermieter auch bei der Miete von Mobilien, gleichgültig, ob der Mieter die Sache besitzt oder nicht, ein den Bestimmungen der §§ 571 ff. analoger Übergang der Rechte und Verbindlichkeiten des Mietvertrages auf den Erwerber vereinbart werden.

Der Käufer beim Zwangsverkauf ist in einer ganz andern Lage wie der beim freiwilligen Verkauf. Letzterem steht ein Verkäufer gegenüber, der sich für den Abschluß des Geschäfts in allen Fällen nicht minder interessiert wie der Käufer selbst und der deshalb dem Kaufliebhaber genau über alle Rechtsverhältnisse des Grundstücks Auskunft geben wird. Macht er falsche Mitteilungen, so haftet er für den hierdurch entstandenen Schaden. Bei der Subhastation liegen die Dinge anders. Näheres über das Mietverhältnis an dem Grundstück wird der Kaufliebhaber hier nur von den Mietern selbst erfahren können. Diese werden aber meist keine Lust und keine Veranlassung haben, ihm einen Einblick in ihr Rechtsverhältnis zu verschaffen, jedenfalls ist er auf ihren guten Willen angewiesen[1].

Der Gesetzgeber hat daher mit der Bestimmung des § 57 S. 2 des Reichszwangsversteigerungsgesetzes, wonach der Käufer ebenso wie bei der freiwilligen Veräußerung zunächst in Rechte und Pflichten des Vermieters eintritt,[2] das Mietverhältnis jedoch zu den gesetzlichen Fristen kündigen kann, den Grundsatz „Kauf bricht nicht Miete" durchbrochen. Bei der geschilderten Verschiedenheit der rechtlichen Lage des Käufers wäre, falls nicht die angeführten Gründe dagegen sprächen, auch mit jener Bestimmung des Zwangsversteigerungsgesetzes eine dingliche Konstruktion des Mietrechts wohl vereinbar. Das Kündigungsrecht des Zwangserwerbers wäre dann als eine Ausnahme anzusehen. Auch im preußischen Recht konnte das dingliche Mietrecht dem Zwangserwerber gegenüber nicht Stand halten, ausgenommen den Fall, wo die Zwangsversteigerung nur zum Zweck einer Auseinandersetzung erfolgt[3]. Freilich spricht die Ausdrucksweise des § 9 cit., wo neben den Rechten „an" einem Grundstück oder „an einem das Grundstück belastenden Rechte" und neben dem Anspruch mit dem „Rechte auf

---

[1]) vgl. Fischer, Verhandl des 20. Juristent. Bd. 2, S. 336, 337; Jäckel, ebendaselbst, S. 267, 268; Katzenstein S. 72.

[2]) Nur die Vorschrift des § 573 S. 2 B.G.B. findet hier keine Anwendung.

[3]) vgl. v. Meibom S. 397. Auch das Reichsrecht macht für die Auseinandersetzung diese Ausnahme. (§ 183 R.Zw.G.).

Befriedigung aus dem Grundstück" noch das Miet- und das Pachtrecht besonders angeführt werden, für die persönliche Auffassung.

Analoge Vorschriften wie für den Zwangsverkauf gelten für den beim Konkurs des Vermieters erfolgenden Verkauf des Grundstücks. Ähnlich ist die Regelung, wenn ein Nießbraucher ein Grundstück über die Dauer seines Nießbrauchs hinaus vermietet hat. Hier braucht gemäß § 1056 der Eigentümer das von dem Nießbraucher abgeschlossene Mietverhältnis nicht bis zum Ablauf der vertragsmäßigen Zeit zu dulden. Vielmehr kann er dem Mieter unter Einhaltung der gesetzlichen Fristen kündigen [1].

Vergleichen wir die verschiedenartige Wirkung die nach dem Reichsrecht die Veräußerung der Mietsache bezw. das Aufhören der Berechtigung des Vermieters auf das bestehende Mietverhältnis ausübt, so kommen wir mit Crome zu dem Resultat, daß eine einheitliche Grundlage dieses Schutzes in Gestalt eines dem Mieter verliehenen gegen Jedermann wirksamen dinglichen Rechts nicht vorhanden ist [2]. Vielmehr zeigt es sich, daß gerade die am meisten von den Gegnern für ihre Ansicht in's Feld geführte Regelung bei Veräußerung und Belastung der Mietsache für den obligatorischen Charakter des Mietrechts spricht.

III.

Betrachten wir nun zum Schluß einige praktische Konsequenzen des gewonnen Resultats und prüfen wir, ob diese wirklich so bedenklicher Art sind, wie die Anhänger der Dinglichkeitstheorie, insbesondere Cosack, behaupten!

Zunächst möge auf einen Punkt hingewiesen werden, den u. E. Cosack außer Acht läßt. Daß dem Mieter ein dingliches Mietrecht wertvoller ist als ein persönliches, wird niemand bestreiten. Man darf sich aber bei der Beurteilung der Konsequenzen unserer Auffassung nicht einseitig auf den Standpunkt des Mieters stellen. Allerdings ist

[1] Näheres siehe bei Wäntig S. 40, 41.

[2] Crome S. 74.

der Mieter im allgemeinen der wirtschaftlich schwächere Teil, und verdient er darum unseren heutigen socialen Anschauungen gemäß einen stärkeren rechtlichen Schutz als der Vermieter. Nun wir glauben, das B.G.B. hat, gegenüber der bisherigen Regelung in vielen Gegenden Deutschlands, die Stellung des Mieters bedeutend verbessert. Nach dem B.G.B. genießt der Mieter Besitzesschutz. Das Pfandrecht des Vermieters ist hier erheblich geschmälert. So hat u. A. das Gesetz das Kahlpfändungsrecht, das Recht des Vermieters, sämtliche Illaten des Mieters für seine Mieteforderung in Anspruch zu nehmen, beseitigt; fortan unterliegen nur mehr die nach den Bestimmungen der Civilprozeßordnung[1] pfändbaren Gegenstände dem Vermieterpfandrecht (§ 559). Bei gesundheitsgefährdendem Zustand der Wohnung, darf der Mieter, gleichgiltig ob er diesen Zustand bei Eingehung des Mietvertrages gekannt hat oder nicht, ohne an irgend welche Fristen gebunden zu sein, das Mietverhältnis auflösen (§ 544). Dies alles sind Bestimmungen, die wegen ihrer socialen Bedeutung nicht vertraglich beseitigt werden können. Daneben giebt es nun noch eine Reihe dispositiver Vorschriften, die dem Mieter einen weitgehenden Schutz gewähren, man denke nur an die Bestimmung des § 554 S. 1, wonach der Vermieter, wenn der Mieter nicht zahlt, sofortige Freigabe der Mietsache erst dann verlangen kann, wenn der Mieter für zwei aufeinander folgende Termine mit der Entrichtung des Mietzinses oder eines Teiles desselben im Verzuge ist, man denke ferner an die nach dem Gesagten mit dem obligatorischen Charakter wohl zu vereinbarenden Bestimmungen der §§ 571 ff. Diese Vorteile des Mieters sind doch nicht zu verkennen.

Neben dem Interesse des Mieters kommt aber auch das des Vermieters in Betracht. Denn die Miete ist ein gegenseitig berechtigendes und verpflichtendes Schuldverhältnis.

Auch muß man bei der Würdigung der Konsequenzen unserer Auffassung sich die wirtschaftliche Bedeutung der Miete vergegenwärtigen! Heute, wo in den Städten der größte Teil der Bevölkerung keine eigenen Häuser besitzt,

[1] C.P.O. (neue Fassung) §§ 811, 812.

wo man recht häufig nur auf kürzere Zeit an einem Orte ein Unterkommen sucht, wo die Untervermietung — leider — ein dringendes Bedürfnis ist, darf die Beschaffung und die Benutzung von Wohnungen nicht mit übermäßigen rechtlichen Schwierigkeiten verbunden sein. Wegen der vielen Umständlichkeiten und Kosten, die sich hieran knüpfen, hat das Gesetz für die Begründung des Mietrechts vom Eintragungsprincip abgesehen und, mit der besagten Ausnahme des § 566, auch keine Form für den Abschluß eines Mietvertrages verlangt. Mit dieser, wenn wir so sagen dürfen, bequemen Weise, eine Sache zum Gebrauch gegen ein Entgelt zu erhalten, ist zugleich dem Eigentümer, wenn eine dingliche Belastung, etwa eine Verpfändung den thatsächlichen Verhältnissen nicht gerade angemessen ist, die Möglichkeit gegeben, durch ein obligatorisches Verhältnis das Eigentumsobjekt wirtschaftlich ausnutzen zu können.

Von einem solchen gleichmäßig die Interessen beider Kontrahenten berücksichtigenden Standpunkte erscheinen uns einige Konsequenzen, die Cosack[1] als unzweckmäßig ansieht, in einem ganz anderen Lichte. Daß der Mieter sich nicht auf die grundbuchrechtliche Fiktion des § 892 berufen kann, wenn er von einem fälschlich als Eigentümer Eingetragenen ein Grundstück gemietet hat, ist u. E. durchaus in der Ordnung[2]). Der fälschlich eingetragene Eigentümer wird sich in den meisten Fällen hüten, einem Andern ein dingliches Recht an seinem Grundstück, etwa eine Hypothek oder eine Dienstbarkeit zu „bewilligen". Er muß gewärtig sein, daß der Grundbuchrichter, bevor er eine neue Eintragung vornimmt, den Eigentumsmangel erkennt und die Eintragung ablehnt. Falls der Eingetragene das Buchrecht durch eine strafbare Handlung erwirkt hat, kann der Grundbuchrichter bei der Prüfung des Antrages die Manipulation aufdecken und den Delinquenten dem Strafrichter überliefern. Somit ist die Gefahr, daß der in Wahrheit nicht Berechtigte sein Buchrecht benutzt, um einem gutgläubigen Dritten ein

[1]) Cosack II S. 288.

[2]) Zutreffend weist Mittelstein darauf hin, daß Cosack, wenn er selber, -- was freilich vom dinglichen Standpunkt unhaltbar ist —, die Miete nicht zu den Rechten „am Grundstück" im Sinne des § 873 zählt, dem Mieter auch nicht die Fiktion des § 892 zubilligen darf.

neues dem wirklich Berechtigten gegenüber wirksames Buchrecht zu bestellen, eine verhältnismäßig geringe gegenüber den Vorteilen, die der Verkehrssicherheit aus der Bestimmung des § 892 erwachsen.

Ganz anders liegen die Verhältnisse bei der Vermietung eines Grundstücks, wo es keiner Eintragung des Mietrechts bedarf, wo der fälschlich als Eigentümer Eingetragene nicht eine Belastung zu „bewilligen" und sein „Recht" nicht zu gefährden braucht. Der fälschlich als Berechtigter Eingetragene kann ohne weiteres das Grundstück vermieten, den Mietzins, den er sich vielleicht im Voraus zahlen läßt, einstecken und sich dann aus dem Staube machen. Der wirkliche Eigentümer will jetzt sein Eigentumsrecht geltend machen und den Mieter aussetzen. Dies ist ihm aber, wenn man der Theorie Cosacks folgt, unmöglich; er muß das Mietrecht, sofern der Mieter nur in gutem Glauben war, als ein dingliches Recht gemäß § 892 gegen sich wirken lassen. Derartige Fälle würden außerordentlich häufig sein und eine schwere Schädigung des wirklich Berechtigten bedeuten, eine Schädigung, die in keinem Verhältnis stände zu der Beeinträchtigung, die der gutgläubige Mieter nach der gegenteiligen Ansicht erleiden würde. Der Mieter braucht sich ja nicht auf Vorausbezahlung des Mietzinses einzulassen. Auch der Schaden, den er durch eine plötzliche Freigabe der Mietsache erleidet und von dem fälschlich Eingetragenen sich ersetzen lassen kann, ist in den meisten Fällen nicht so schwerwiegend.

Ein weiteres Bedenken bietet Cosack die Thatsache, daß vom Standpunkt der persönlichen Theorie man dem Mieter für einen Proceß aus § 577 S. 2 gegen den dritten Berechtigten nicht den ausschließlichen dinglichen Gerichtsstand des § 24 C.P.O. gewähren könne.[1] Wir können hierin nicht eine Unbilligkeit, eine Benachteiligung für den Mieter erblicken. Eventuell würde diese Benachteiligung dem allgemeinen prozessualen Grundsatze, daß der Beklagte die günstigere Proceßstellung hat, entsprechen. Übrigens verkennt Cosack auch die inneren Gründe, die den Gesetz-

[1]) Auch Dernburg bürgerl. R. II_2 S. 152 findet dies „unzweckmäßig".

geber zur Beibehaltung dieses gemeinrechtlichen forum rei sitae veranlaßte. Diese liegen einmal in dem internationalen Recht, sodann in dem Umstand, daß eine sichere Feststellung der Rechtsverhältnisse des Grundeigentums vorzugsweise von dem Richter der belegenen Sache zu erwarten ist.[1] Für einen Rechtsstreit, der sich um die Frage dreht, ob und in welcher Art ein Grundstück mit einer Dienstbarkeit belastet ist, ist es dem Gericht oft unmöglich, ohne eine Augenscheinseinnahme (§ 144 C.P.O.) den Thatbestand festzustellen. Anders ist es bei der Miete. Hier wird doch meist in einem schriftlichen Kontrakt des Rechtsverhältnis niedergelegt, oder es kann durch andere Beweismittel (Zeugen, Eid) das Bestehen und der Inhalt des Mietrechts leicht nachgewiesen werden.

Als „bedenklich" sieht Cosack es ferner an, daß der Mieter nach unserer Ansicht in einer schlimmen Lage ist, wenn der Erwerber den Besitz des Grundstücks aufgiebt und der Fiskus gemäß der ihm durch § 928 gegebenen Befugnis sich das Grundstück aneignet. Der Mieter würde dann keinen Anspruch auf weitere Gewährung des Mietgebrauchs gegen den Fiskus haben. Mit Recht macht Mittelstein[2] diesem Argument Cosacks gegenüber geltend, daß das Gesetz, wenn es diesen Zustand hätte vermeiden wollen, den Schutz des Mieters bei dem Eigentumswechsel nicht ausdrücklich im § 571 auf den Fall der Veräußerung beschränkt haben würde. Übrigens meinen wir, daß der Fiskus, sofern nur der Mieter zahlungsfähig ist, in den meisten Fällen das Mietverhältnis mit dem Mieter fortsetzen wird.

Besonderes Gewicht endlich legt Cosack auf folgenden von ihm konstruierten Fall: A. hat in seinem Testament den B. zu seinem Erben eingesetzt, aber den Nießbrauch des Mietgrundstücks dem C. vermacht; nach A's. Tode übergiebt B., nachdem er zuvor den Mieter D. gewaltsam aus dem Besitz gesetzt hat, das Grundstück dem C., ohne ihn über seine Gewaltthat wider D. zu unterrichten. D. klagt nun gegen C. auf Herausgabe des Grundstücks, und zwar mit Rücksicht auf den guten Glauben C's. nicht possessorisch,

[1]) vgl. Hahn, Materialien-Buch I S. 155.

[2]) S. 301.

sondern petitorisch. Er ist gemäß B.G.B. § 577 auch nach der gegnerischen Ansicht (der obligatorischen) im Recht. Da stellt sich heraus, daß A. das obengedachte Testament durch ein neues ersetzt hat, welches nicht B., sondern E. zum Erben beruft und von einem Nießbrauch C's. nichts weiß, sowie daß die Eintragung von C's. Nießbrauch im Grundbuch verabsäumt ist. Die Stellung C's. auf dem Miet-grundstück, meint Cosack, und zwar mit vollem Recht, wäre jetzt unhaltbar. Nach der persönlichen Theorie würde C. den Prozeß gewinnen, grade weil er jetzt ohne Recht sei. D. müßte dann den E. aufsuchen, um durch ihn einen zweiten Prozeß gegen C. anstrengen zu lassen.

Nun wir glauben nicht, daß ein solcher Fall wie er hier konstruiert wird, in der Praxis vorkommen wird. Zunächst ist nicht recht ersichtlich, was Cosack mit den Worten „die Eintragung des C. als Nießbraucher sei verabsäumt worden", sagen will. Jedenfalls nimmt doch Cosack an, daß C. zur Zeit der Klageerhebung sich zwar wie ein Nießbraucher geriert, also die Früchte des Grundstücks zieht, daß aber eine Eintragung des Nießbrauchs nicht erfolgt ist. War C. aber nicht eingetragen, so war er eben auch kein Nießbraucher im rechtlichen Sinne geworden. Denn auch ein testamentarisch vermachter Nießbrauch bedarf der Eintragung, um für den Bedachten ein dingliches Recht zu begründen. Das Vermächtnis verleiht ihm nur den Anspruch auf Eintragung. Daher war es thöricht, wenn D. gegen C. aus § 577 klagte, obwohl er wußte oder sich durch Einsicht in das Grundbuch davon überzeugen konnte, daß C. in Wahrheit noch nicht den Nießbrauch erworben hatte. Natürlich muß D. diesen Prozeß wegen fehlender Passivlegitimation des D. verlieren. D. hätte sich in ganz anderer Weise Recht verschaffen sollen. B. hatte, nachdem er den D. aus dem Grundstück vertrieben hatte, zunächst selber den Besitz erworben. Als er dann das Grundstück dem C. übergab, blieb er mittelbarer Besitzer, denn C. besaß das Grundstück, wenn auch nicht gerade als Nießbraucher im rechtlichen Sinne, so doch jedenfalls nur abhängig von B. (vgl. § 868). D. konnte daher von B., der ihm gegenüber fehlerhaft besaß, mit der Klage aus § 861 Wiedereinräumung

des Besitzes erlangen.[1] Natürlich kann D. mit seiner Klage nicht die Herausgabe, sondern nur die Abtretung der etwaigen dem B. gegen C. zustehenden Ansprüche auf Herausgabe des Grundstücks verlangen. Einen solchen Anspruch hat aber B. gegen C. Letzterer hat den Besitz des Grundstücks von B. deshalb erhalten, weil B. glaubte, dem C. komme der Nießbrauch kraft des Testaments zu. Da dasselbe aber hinfällig war, so hatte C. ohne rechtlichen Grund von B. den Besitz erlangt. Gemäß B.G.B. § 812 Abs. 1 S. 1 ist daher C. dem B., der zwar nicht der wahre Eigentümer, wohl aber Besitzer des Grundstücks war, zur Herausgabe des Besitzes verpflichtet.[2] Demnach kann auch D. kraft des gegen B. erstrittenen Urteils sich den Mietbesitz des Grundstücks verschaffen.

Mag nun auch in diesem von Cosack konstruierten Falle wie in vielen andern dem Mieter ein dingliches Recht wertvoller sein als ein persönliches, so werden uns andrerseits einige Bestimmungen des ehelichen Güterrechts zeigen, wie bedenklich, und zwar auch mit Rücksicht auf den Mieter, es wäre, wenn man den Vertretern der Dinglichkeitstheorie folgte.

Bei dem Güterstand der Verwaltung und Nutznießung hat der Ehemann gemäß § 1374 das Recht und die Pflicht, das eingebrachte Gut der Ehefrau ordnungsmäßig zu verwalten. Dieses Recht umfaßt nach der Bestimmung des § 1375 nicht die Befugnis, ohne Zustimmung der Frau „über das eingebrachte Gut zu verfügen". Was der Ausdruck „Verfügen über das Gut" bedeutet, lehrt eine Äußerung der Motive über den § 1395, wo sich derselbe Begriff findet. Zu dem § 1300 des Entwurfs I, der Quelle des § 1395, bemerken die Motive,[3] daß hier nur eine Beschränkung der Verfügungsmacht in Ansehung dinglicher

---

[1]) Die Klage aus § 861 richtet sich nicht nur gegen den unmittelbaren, sondern auch gegen den mittelbaren Besitzer, sofern dieser fehlerhaft besaß, vgl. Cosack II S. 83; Dernburg Sachenrecht S 75, 76; Strohal S. 126, 45—49.

[2]) Nicht nur Sachen oder Rechte im engeren Sinne, sondern auch der bloße Besitz kann Gegenstand der Klage aus § 812 sein, vgl. Planck N. 1a zu § 812; Cosack I S. 620.

[3]) vgl. Mot. IV S. 226.

Rechtsgeschäfte gemeint sei.[1] Diese Vorschrift ist auch durchaus gerechtfertigt. Ein Bedürfnis für die freie Verfügung des Mannes über Begründung, Übertragung ꝛc. eines dingRechtes an dem eingebrachten Grundstücke ist nicht vorhanden. Derartige Geschäfte kommen nicht von heute auf morgen zu Stande, meistens gehen längere Verhandlungen zwischen den Beteiligten voran. In der Regel kommt es dem Erwerber nicht darauf an, ob er einige Tage früher oder später das Eigentum erhält. Wie anders ist es aber bei der Miete! Wie oft muß jemand innerhalb weniger Stunden darüber im klaren sein, ob ihm ein Grundstück, eine Wohnung zum Mietgebrauch überlassen werden kann! Nach der Ansicht Cosacks müßte man aber die Vermietung eines zum Eingebrachten gehörenden Grundstücks bezw. eines Raumes, da sie auf Begründung eines dinglichen Rechts abzielt, auch zu den Verfügungen im Sinne des § 1375 zählen. Dies thut auch Cosack.[2] Folgerecht könnte aber nach ihm der Ehemann kein eingebrachtes Gut, mag die Vermietung auf noch so kurze Zeit erfolgen, ohne Zustimmung der Frau vermieten,[3] es sei denn daß ihre Zustimmung gemäß § 1379 durch die des Vormundschaftsgerichts ersetzt wird. Dies wäre ein höchst bedenkliches Resultat! Der Ehemann der eine Wohnung gut vermieten kann und sich im Interesse einer ordnungsmäßigen Verwaltung zu dem Abschluß des Mietvertrages verpflichtet sieht, will den Vertrag eingehen. Die Ehefrau, die von Geschäften wenig versteht, verweigert ihre Zustimmung. Dann kann allerdings statt ihrer das Vormundschaftsgericht den Vertrag genehmigen. In den meisten Fällen wird aber der reflektierende Mieter nicht auf die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, welches doch auch erst die Grundlosigkeit der Weigerung der Ehefrau prüfen muß, warten wollen. Oder nehmen wir an, daß die Ehefrau gerade einen oder einige Tage verreist ist, was übrigens nicht stets eine Abwesenheit im Sinne des § 1379 S. 2

---

[1]) vgl. Mittelstein S. 40, 41.

[2]) II S. 440 Anm. 11.

[3]) Wenn Cosack l. c. gleichwohl die Vermietung zu dem nach § 1376 von dem Ehemann ohne Zustimmung der Frau abzuschließenden Rechtsgeschäften zählt, so widerspricht er seiner eigenen Ansicht von dem rechtlichen Charakter der Vermietung.

bedeuten dürfte. Wie oft wird der Mieter, dem daran liegt, schnell eine Wohnungsgelegenheit zu erhalten, es vorziehen, von dem ihm sonst vielleicht passenden Angebot des Ehemannes abzugehen und sich anderweitig eine Wohnung zu suchen, ehe er sich der Gefahr aussetzt, daß die Zustimmung seitens der Ehefrau oder des Vormundschaftsgerichts verweigert wird!

Es sei noch darauf hingewiesen, daß das Gesetz ein dingliches Gebrauchsrecht in mannigfachen Formen ermöglicht, so durch Bestellung eines Erbbaurechts, eines Nießbrauchs, einer Dienstbarkeit, insbesondere der Wohnungsberechtigung (§ 1093).

Nach dem Gesagten kann daher der Ansicht Cosacks, daß die Konsequenzen unserer Auffassung bedenklich seien, nicht beigetreten werden. Im Gegenteil meinen wir, daß der Gesetzgeber die wirtschaftliche Bedeutung der Miete richtig gewürdigt und die gegenüberstehenden Interessen des Vermieters und seiner Rechtsnachfolger einerseits, des Mieters andererseits zweckmäßig gegen einander abgewogen hat, indem er die Gebrauchsbefugnis des Mieters obligatorisch gestaltete.